

Wetsvoorstel conflictenrecht afstamming

Citation for published version (APA):

de Groot, G. R. (2000). Wetsvoorstel conflictenrecht afstamming. In H. Lenters, B. Reinhartz, C. Waaldijk, & G-R. de Groot (Eds.), *De familie geregeld?* (pp. 185-228). Koninklijke Vermande.

Document status and date:

Published: 01/01/2000

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

4 Wetsvoorstel conflictenrecht afstamming¹

Prof. mr. G.R. de Groot²

4.1 Inleiding

Het Nederlandse conflictenrecht inzake afstamming is tot nog toe niet gecodificeerd, maar bestaat vrijwel geheel uit ongeschreven recht. Uitgangspunt is in beginsel nog steeds art. 6 van de uit 1829 daterende Wet Algemene Bepalingen, dat in het spoor van art. 3 lid 3 Code civil voor kwesties betreffende het personeel statuut het nationale recht van betrokkenen als toepasselijk aanwijst. Wel heeft de jurisprudentie dit uitgangspunt genuanceerd en zelfs geamendeerd. De rechtspraak heeft echter geen eenduidige lijn uitgestippeld maar is vaak verdeeld. De geldende, in het algemeen ongeschreven regels van Nederlands internationaal afstammingsrecht zijn dientengevolge onduidelijk. Vaagheid is troef. Een gevolg daarvan is rechtsonzekerheid voor de justitiabelen, voor de ambtenaren van de burgerlijke stand en incidenteel (met name bij erkenningen) voor notarissen.³ Het zal voorts duidelijk zijn, dat de bestaande rechtsonzekerheid voor de rechtspraak belastend is, omdat onduidelijkheden dikwijls aan de rechter ter oplossing worden voorgelegd. Aanteekening verdient daarbij, dat de Hoge Raad tot nog toe niet vaak in de gelegenheid is geweest duidelijk richting te geven aan het internationale afstammingsrecht.⁴ Strikwerda⁵ vat de huidige situatie van het Nederlandse internationale afstammingsrecht met de volgende woorden samen:

Intussen tekenen zich in de huidige rechtspraak ontwikkelingen af die het uitgangspunt van de nationaliteitsaanknopning in tweeërlei opzicht relativeren. In de eerste plaats wordt nationaliteitsaanknopning regelmatig vervangen door woonplaatsaanknopning, indien de betrokkenen van nationaliteit verschillen (...) In de tweede plaats wordt aan het 'belang van het kind' een corrigerende werking op het verwijzingsresultaat verleend, hetgeen doorgaans leidt tot vervanging van de (vreemde) nationale wet door de *lex fori*.

1. Wetsontwerp 26 675.
2. Hoogleraar rechtsvergelijking en internationaal privaatrecht Universiteit Maastricht.
3. Vgl. de nog steeds toepasselijke hartekeer van J.E. Geuzinge, 'De erkenning in het internationaal privaatrecht: Personeel statuut of domiciliebeginsel?', *Personeel Statuut* 1983, p. 89-92, in het bijzonder p. 92: "Cassatie in het belang der wet is thans dringend gewenst, om de abs de criteria te kunnen geven om één gedragslijn voor het hele land te bepalen wanneer in afstammingskwesties het domiciliebeginsel prevaleert boven het personeel statuut."
4. Gewezen zij evenwel op HR 18 april 1986, NJ 1987, 926, m.nt. Schultsz; HR 31 januari 1992, NJ 1993, 261, m.nt. De Groot; HR 20 oktober 1994, NJ 1995, 466, m.nt. Th.M. de Boer en HR 7 november 1997, NJ 1998, 438, m.nt. Th.M. de Boer.
5. L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, vijfde druk, Wolters-Noordhoff, Groningen 1997, p. 127.

Overigens moet worden vermeld, dat A.P.M.J. Vonken in diverse publicaties de jurisprudentie zorgvuldig heeft geanalyseerd en voorstellen tot het oplossen van vele problemen van internationaal afstammingsrecht heeft geformuleerd. Gewezen zij in de eerste plaats op diens verdienstelijke dissertatie uit 1987 *Het internationale afstammingsrecht in perspectief*.⁶ Zeer bruikbaar en inspirerend voor rechtstoepassers zijn voorts zijn beschouwingen in "Afstamming. Titel 11 IPR", in de door Kluwer, Deventer gepubliceerde losbladige editie *Personen- en familierecht*.

De onduidelijkheid van het geldende Nederlandse internationale afstammingsrecht stoort in het bijzonder nu het aantal gevallen, waarin kinderen geboren worden uit qua nationaliteiten gemengde relaties toeneemt, evenals het aantal gevallen waarin kinderen in een ander land worden geboren dan de staat waarvan (één van) de ouders de nationaliteit bezit. Rechtstoepassers, zoals ambtenaren van de burgerlijke stand en notarissen, worden daarom steeds frequenter geconfronteerd met lastige internationaal afstammingsrechtelijke puzzels. Zulks manifesteert zich ook in het feit, dat de commissie van advies voor de zaken betreffende de burgerlijke staat en de nationaliteit (tot 1 januari 1995 de Permanente Commissie van advies voor de zaken van de burgerlijke stand en nationaliteitsaangelegenheden) zich in haar vergaderingen vaak over dit type problemen moet buigen.

De problematiek van het internationaal afstammingsrecht is complex en weerbarstig. Ze behoort zonder twijfel tot de moeilijkste onderdelen van het internationaal privaatrecht.⁷

Een complicerende factor is het feit, dat kinderen in zeer veel gevallen hun nationaliteit kunnen ontfangen aan beide ouders, mits zij juridisch gezien van die ouders afstammen. Waar de nationaliteit van een kind voor de beantwoording van vragen betreffende zijn afstammingsrelatie een rol zou (kunnen) spelen, moet daarom beseft worden, dat die nationaliteit in menig geval juist afhankelijk is van het bestaan van die afstamming.⁸ Dit maakt het trouwens niet aantrekkelijk om de nationaliteit van het kind als (één van de) aanknopingsfactor(en) te hanteren voor de aanwijzing van het recht, dat bepaalt of ex lege familierechtelijke betrekkingen ontstaan tussen een kind en zijn moeder en haar (ex-)echtgenoot. Gelukkig heeft het hier te bespreken ontwerp conflictenrecht afstamming zulks ook niet gedaan, anders dan bijvoorbeeld de wetgever in Italië.⁹

In de toekomst zal het aantal gevallen waarin aan de hand van conflictregels moet worden bepaald, welk recht van toepassing is op afstammingsproblemen zonder de geringste twijfel alleen maar groter worden. De toenemende internationale migra-

6. Diss. Nijmegen, waarvan de handelseditie verscheen bij Gouda Quint, Arnhem. Dit boek werd onder meer zeer uitvoerig besproken door J. van Rijn van Alkemade, *Personeel Statuut* 1989, p. 3-10; 23-36. Van Rijn van Alkemade publiceerde eerder over het Nederlandse internationale afstammingsrecht in het *Personeel Statuut* 1961, p. 49-60.

7. Aldus de Memorie van Toelichting op wetsontwerp 26 675 (hierna telkens af te korten als: MvT), p. 1.

8. Waarbij de afstammingsrechtelijke voorvraag bij de beantwoording van de nationaliteitskwestie afhankelijk moet worden aangeknoopt, terwijl overigens een zelfstandige aanknopng van de afstammingsvraag voor de hand ligt. Zo ook A.P.M.J. Vonken, 'Het wetsvoorstel Wet conflictenrecht afstamming: een stap op weg naar een afgewogen regeling?', NIPR 2000, p. 19 en 20.

9. Zie art. 33 Wet 218 van 31 mei 1995.

tie, in het bijzonder ook binnen de Europese Unie, staat daarvoor garant. Het is in dat verband opmerkelijk dat er nog geen omvattende internationale verdragen over internationaal afstammingsrecht bestaan. Binnen het kader van de Haagse conferentie voor Internationaal Privaatrecht is op het terrein van het afstammingsrecht geen verdrag tot stand gebracht. De Internationale Commissie voor de Burgerlijke Stand (hierna af te korten als: ICBS) heeft wel enkele belangrijke onderdelen, te weten de afstamming van het natuurlijke kind van zijn moeder, de wettiging door huwelijk en de vrijwillige erkenning van buiten huwelijk geboren kinderen, in overeenkomsten neergelegd. Twee van deze verdragen zijn voor Nederland in werking getreden. Het betreft de Overeenkomst van Brussel van 12 september 1962 betreffende de vaststelling van de familierechtelijke betrekkingen tussen het onwettig kind en zijn moeder,¹⁰ en de Overeenkomst van Rome van 10 september 1970 inzake wettiging door huwelijk.¹¹ Op de inhoud van deze verdragen zal hierna bij de bespreking van de art. 3, respectievelijk 7 van het ontwerp conflictenrecht afstamming kort worden ingegaan. Het ontwerp incorporeert namelijk door middel van verwijzingen naar deze verdragen de inhoud ervan. Een derde in het kader van de ICBS tot stand gebracht Verdrag, de Overeenkomst van München van 5 september 1980 betreffende de vrijwillige erkenning van buiten huwelijk geboren kinderen is nog niet in werking getreden.¹² In de toelichting op het ontwerp conflictenrecht afstamming wordt uitdrukkelijk aangegeven, dat de benaderingswijze van de Overeenkomst van München niet wordt gevolgd.

Het is in het licht van het voorgaande zeer toe te juichen, dat in Nederland op 8 juli 1999 eindelijk een wetsontwerp ter regeling van het conflictenrecht inzake de familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming bij de Tweede Kamer is ingediend (wetsontwerp 26 675). Inmiddels is het Verslag van de vaste commissie voor justitie over het wetsontwerp op 8 december 1999 vastgesteld. Een reactie van de regering naar aanleiding van het Verslag was ten tijde van het schrijven van deze publicatie nog niet bekend. Hierna zal het aanhangige wetsontwerp worden besproken. Criteria voor de kritische beschouwingen zijn:

- a. duidelijkheid van de voorgestelde regels, zodat gemakkelijke toepassing is gegarandeerd door ambtenaren van de burgerlijke stand en anderen die in eerste lijn betrokken kunnen zijn bij de implementatie van de regels in concrete gevallen;
- b. mogelijkheid van betrokken personen om zelf invloed uit te oefenen op de beslissing welk recht wordt toegepast; bij afstammingsrelaties kan dit uiteraard slechts een betrekkelijke vrijheid impliceren, daar steeds belangen van alle betrokkenen, maar in de eerste plaats van de betrokken kinderen in het oog moeten worden gehouden;

10. Trb. 1963, 93; voor Nederland in werking getreden op 23 april 1964. Voorts bekrachtigd door Duitsland, Griekenland, Luxemburg, Spanje, Turkije en Zwitserland. Vgl. MvT, p. 12.

11. Trb. 1972, nr. 61; voor Nederland in werking getreden op 31 juli 1977. Voorts bekrachtigd door Frankrijk, Griekenland, Italië, Luxemburg, Oostenrijk en Turkije. Vgl. MvT, p. 16.

12. CIEC (=ICBS) Recueil et Recommendations (1956-1987), p. 230 e.v. De overeenkomst is geratificeerd door slechts Frankrijk en Turkije en is derhalve (nog?) niet in werking getreden. Zie MvT, p. 5.

- c. rekening houden met de keuzes die in het nationale afstammingsrecht in Nederland zijn gemaakt en hun beslag hebben gekregen in de regels, die sinds 1 april 1998 in werking zijn getreden;
- d. aansluiting bij IPR-regelingen in andere Europese staten.

Bij dit laatste punt past een aantal aantekeningen. Het is bepaald niet onwaarschijnlijk, dat de Europese Unie actief zal worden inzake afstammingskwesties. Het is daarom zaak bij de regeling van het Nederlandse internationale afstammingsrecht niet te zeer uit de Europese pas te lopen. Toch geeft de toelichting¹³ aan, dat bewust niet is gekozen voor de benadering van Duitsland, Frankrijk, Italië en Zwitserland:

Terwijl de nieuwe Italiaanse IPR-wet van 1995 het nationale recht van het kind als uitgangspunt neemt, knoopt de Zwitserse wet van 1987 in beginsel aan de gewone verblijfplaats van het kind aan; ingeval alle partijen dezelfde nationaliteit hebben en het kind een andere gewone verblijfplaats heeft dan de ouders, wordt in afwijking van de hoofdregel het gemeenschappelijke nationale recht toegepast. De recente Duitse herziening van 1997 heeft ertoe geleid dat de rechtstoepasser thans een keuze moet maken tussen de aanknop-
ping aan de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats, aan het nationale recht van de betrokken ouder of, bij een gehuwde moeder, aan het recht dat de huwelijksbetrekkingen beheerst. De Franse wet van 1972 neemt het nationale recht van de moeder als uitgangspunt. Voor de vormgeving van het Nederlandse internationale privaatrecht op het gebied van afstamming is verder van betekenis dat de stelsels van internationaal privaatrecht van in de Nederlandse samenleving sterk vertegenwoordigde landen zoals Marokko en Turkije, primair gebaseerd zijn op aanknop-
ping aan de nationaliteit.¹⁴

Het is ten eerste de vraag, of deze motivering mag overtuigen. Sinds het Verdrag van Amsterdam op 1 mei 1999 in werking is getreden, stelt art. 65 EG-Verdrag:

De maatregelen op het gebied van samenwerking in burgerlijke zaken met grensoverschrijdende gevolgen en die in overeenstemming met artikel 67 en voorzover nodig voor de goede werking van de interne markt moeten worden genomen, omvatten: (...)
b. de bevordering van de verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende regels voor collisie en jurisdictiegeschillen; (...)

De Europese Commissie publiceerde reeds in december 1998 een lijst met activiteiten, die op grond van art. 65 zijn gepland. Het internationale afstammingsrecht staat nog niet op het boodschappenlijstje van de Commissie, maar op de lijst met onderwerpen die zullen worden aangepakt binnen vijf jaren na het in werking treden van het Verdrag van Amsterdam (d.w.z. voor 1 mei 2004) figureren wel het internationale echtscheidingsrecht, het internationaal huwelijksgoederenrecht en

13. MvT, p. 3.

14. Toegevoegd zij, dat de Oostenrijks IPR-wet van 15 juni 1978 uitgaat van het gemeenschappelijke nationale recht van de ouders. Indien de ouders verschillende nationaliteiten hebben, wordt aangeknoopt bij het recht dat het gunstigst is voor de wettigheid van het kind (Par. 21). Overigens zij er op gewezen, dat de geciteerde passage uit de MvT op enkele plaatsen wat kort door de bocht gaat. Een uitvoerige, meer precieze beschrijving van de regels in andere Europese staten zou hier evenwel te veel plaats kosten en gaat derhalve het bestek van dit preadvies te buiten.

het internationaal erfrecht.¹⁵ Het komt me voor dat in de naaste toekomst daarnaast ook het afstammingsrecht prioriteit zal krijgen. Men beseffe immers, dat bijvoorbeeld het internationale echtscheidingsrecht wordt aangepakt, omdat hinkende echtscheidingen hinderlijk zijn bij de uitoefening van het door het Europese recht gegarandeerde vrij verkeer van personen binnen de Europese Unie (art. 39 en 43 EG-Verdrag). Indien iemand is gescheiden in lidstaat A en hij wenst zich te vestigen in lidstaat B, maar ontdekt dat daar de echtscheiding wellicht niet wordt erkend, dan zal dit gegeven een belemmering kunnen vormen voor zijn geplande vestiging in de bedoelde tweede lidstaat. Een soortgelijke redenering gaat uiteraard op ten aanzien van huwelijksgoederen- en erfrecht, maar zeker ook ten aanzien van afstammingskwesties. Als iemand in lidstaat A in familierechtelijke betrekkingen staat tot een bepaald persoon is het een belemmering van de uitoefening van het vrij verkeer van personen, indien deze familierechtelijke betrekkingen niet worden erkend in lidstaat B. Activiteiten van de Europese Unie zijn op dit gebied derhalve zeer waarschijnlijk.

Niet uitsluitend de Commissie, maar ook het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft trouwens laten blijken oog te hebben voor het belang van het Europese recht voor familierechtelijke kwesties in internationale context. Herinnerd zij aan de uitspraak van het Hof in de zaak Konstantinides.¹⁶ Het ging in de desbetreffende kwestie om een verrassende transliteratie van de naam van een Griek in Latijnse letters. Het Hof overwoog:

Artikel 52 EEG-Verdrag [thans art. 43 EEG-Verdrag; GRdG] moet aldus worden uitgelegd, dat het zich ertegen verzet dat een Grieks onderdaan door de toepasselijke nationale wettelijke regeling wordt gedwongen, in de uitoefening van zijn beroep een zodanige schrijfwijze van zijn naam te gebruiken dat de uitspraak ervan wordt vervalst en dat de daaruit voortvloeiende vervorming hem blootstelt aan het gevaar van persoonsverwisseling bij zijn potentiële clientèle.

Het zal duidelijk zijn, dat deze beslissing ook consequenties heeft voor het internationale namenrecht.¹⁷ Maar zoals al gesteld, ook ten aanzien van vele andere familierechtelijke kwesties kunnen rechtsverschillen spanningen veroorzaken bij de uitoefening van de door art. 39 en 43 EG-Verdrag gegarandeerde vrijheden.

Uiteraard zal bij de bespreking van het wetsontwerp aandacht worden gegeven aan andere opinies over de geplande codificatie van het Nederlandse internationale afstammingsrecht. In het begin van de jaren negentig hebben de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht (verder te noemen: Staatscommissie) en de Permanente Commissie van advies voor de zaken van de burgerlijke stand en voor nationaliteitsaangelegenheden (verder te noemen: Permanente Commissie) adviezen

15. In de conclusies van de conferentie van regeringsleiders van de Lidstaten van de Europese Unie te Tampere van 16 oktober 1999 worden voorts nog bezoekrechten en alimentatieproblemen vermeld.

16. 31 maart 1993, zaak C 168/91, *Common Market Law Review* 1994, p. 395-412, m.nt. R. Lawson.

17. Waarover Gerard-René de Groot, Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen waagt zich op het gebied van het namenrecht, WPNR 6161 (1994).

over een voorontwerp uitgebracht.¹⁸ Naar aanleiding van de door deze commissies uitgebrachte adviezen zijn enige commentaren verschenen, in het bijzonder van A.P.M.J. Vonken.¹⁹ Aan het wetsvoorstel zelf is ook weer aandacht besteed door Vonken in een recente publicatie in NIPR.²⁰ Vooral op het laatstvermelde commentaar van Vonken zal hierna gedetailleerd worden ingegaan. De bespreking van het wetsontwerp zal artikelgewijs gebeuren, waarbij uiteraard op menige plaats dwarsverbanden zullen moeten worden gelegd. In een aparte paragraaf zal aandacht worden geschonken aan enkele nationaliteitsrechtelijke complicaties, die hier en daar ook bij de artikelgewijze behandeling al om de hoek komen kijken. Om het zicht op de desbetreffende complicaties te vergroten is het evenwel nuttig deze in hun onderlinge samenhang nog eens extra te belichten.

4.2 Structuur van het wetsontwerp

Wetsontwerp 26 675 stelt een Wet conflictenrecht afstamming voor, die verdeeld is in vijf hoofdstukken. Hoofdstuk 1 betreft het vestigen, alsmede het ontkennen van de familierechtelijke betrekkingen door geboorte. Hoofdstuk 2 gaat over de familierechtelijke betrekkingen die ontstaan door erkenning door een man of gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, alsmede over het mogelijk teniet doen van familierechtelijke betrekkingen die door erkenning zijn ontstaan. De familierechtelijke betrekkingen door wettiging zijn in een separaat derde hoofdstuk ondergebracht. Hoofdstuk 4 betreft de inhoud van de familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming. Minder fraai is dat zowel het derde als het vierde hoofdstuk slechts één artikel telt. Hoofdstuk 5 draagt als titel: "De erkenning van buitenslands tot stand gekomen rechterlijke beslissingen, rechtsfeiten en rechtshandelingen waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming zijn vastgesteld of gewijzigd". Die vlag dekt echter slechts de lading van de artikelen 9 en 10. Art. 11 betreft het intertemporele recht, het volgende artikel kondigt aan, dat de inwerkingtreding zal worden bepaald door Koninklijk Besluit, terwijl het laatste artikel de citeertitel "Wet conflictenrecht afstamming" vastlegt.

4.3 Bespreking van de artikelen

4.3.1 Artikel 1

Art. 1 lid 1 geeft een aanknopingsladder ter bepaling van het recht dat van toepassing is op het ontstaan van familierechtelijke betrekkingen tussen een kind en de moeder en de (ex-)echtgenoot van de moeder bij geboorte tijdens of direct na ontbinding van hun huwelijk. In aansluiting daarop regelt art. 2, welk recht van

18. Deze adviezen zijn respectievelijk gepubliceerd in E.N. Frohn en E. Hennis (red.), *Staatscommissie IPR, Geselecteerde adviezen, naar een afgewogen IPR*, T.M.C. Asserinstituut, 's Gravenhage 1995, p. 134-165 en (in bewerkte vorm) K. Boele-Woelki/D. van Iterson, 'Naar een wettelijke regeling van het internationaal afstammingsrecht', *Het Personeel Statuut* 1991, nrs. 1 en 2, p. 3 e.v. en 28-36.
19. A.P.M.J. Vonken, 'Artt. 11-16, 58-59 en 40-50 IPR-Schets: Naam, minderjarigheid, handelingsbekwaamheid en afstamming', *WPNR* 6108 (1993), p. 706-707.
20. A.P.M.J. Vonken, 'Het wetsvoorstel Wet conflictenrecht afstamming, Een stap op weg naar een afgewogen regeling?', *NIPR* 2000, p. 16-25.

toepassing is op het ongedaan maken van de zo ontstane familierechtelijke betrekkingen met de (ex-)echtgenoot van de moeder.

Of een kind door geboorte in familierechtelijke betrekkingen komt te staan tot de vrouw uit wie het is geboren en de met haar gehuwde of gehuwd geweest zijnde man, wordt volgens art. 1 bepaald door:

- a. het recht van de staat van de gemeenschappelijke nationaliteit van de vrouw en de man ten tijde van de geboorte van het kind dan wel indien het huwelijk van de ouders voordien is ontbonden, ten tijde van de ontbinding; hebben de vrouw en de man meer dan één gemeenschappelijke nationaliteit, dan worden zij geacht geen gemeenschappelijke nationaliteit te hebben;
- b. of, indien dit ontbreekt, door het recht van de staat van hun gemeenschappelijke gewone verblijfplaats ten tijde van de geboorte van het kind, dan wel ten tijde van de ontbinding van het huwelijk;
- c. of, indien ook dit ontbreekt, door het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind ten tijde van diens geboorte.

Over de keuze voor de primaire aanknoping bij gemeenschappelijk nationaal recht van de ouders is uiteraard een zeer principiële discussie mogelijk in het licht van de keuzes gemaakt door andere wetgevers in Europa. Een gezamenlijk standpunt ten aanzien van de te hanteren aanknopingsfactoren en de volgorde daarvan zou wenselijk zijn. Toegegeven zij echter, dat kritiek op de gekozen aanknopingsfactoren veel wind uit de zeilen wordt genomen door het feit, dat in het buitenland tot stand gebrachte afstammingsrelaties in beginsel worden erkend (zie de hierna te bespreken art. 9 en 10).

Verder herhaal ik nog eens, dat ik blij ben, dat in art. 1 niet wordt gewerkt met de nationaliteit van het kind als aanknopingsfactor. Deze nationaliteit wordt vaak iure sanguinis verworven. Teneinde vast te stellen welke nationaliteit(en) een kind bezit, zou het daarom dikwijls nodig zijn om de afstammingskwestie eerst te beantwoorden aan de hand van het recht van het land, waarvan het kind wellicht de nationaliteit bezit (of aan de hand van het recht waarnaar het eerstbedoelde recht verwijst). Pas daarna kan dan het recht worden gedetermineerd aan de hand waarvan de afstammingsproblematiek als dusdanig is onderworpen. Dat zou ingewikkeld worden. Ik teken in dit verband overigens aan, dat ik met Vonken²¹ van mening ben, dat afstammingsvragen in beginsel steeds zelfstandig moeten worden aangeknoopt, ook als de afstammingsvraag als voorvraag opduikt. Terecht wijst Vonken er evenwel op, dat zulks anders is, indien een voorvraag betreffende de afstamming moet worden beantwoord in het kader van het nationaliteitsrecht. Dan is een afhankelijke aanknoping geboden als gevolg van de principiële nationale autonomie van staten op het gebied van het nationaliteitsrecht.^{22 23}

21. NIPR 2000, p. 19.

22. Zie daarover Gerard-René de Groot/Matjaz Tratnik, *Nederlands nationaliteitsrecht*, tweede druk, Tjeenk Willink, Deventer 1998, p. 45-47.

23. Ook in het internationale namenrecht moet de afstammingsvraag als voorvraag afhankelijk worden aangeknoopt, zulks als gevolg van art. 1 tweede zin Verdrag van München van 5 september 1980, dat gevolgd wordt door art. 1 lid 1 derde zin Wet conflictenrecht namen. Achtergrond daarvan is – als ik het wel zie – dat daardoor bevorderd wordt, dat de in onze registers te vermelden namen zoveel mogelijk sporen met de naamvermelding van buitenlanders in hun nationale reisdocumenten.

Vonken²⁴ wijst overigens op een interessant argument ten gunste van de nationaliteitsaanknopning als uitgangspunt: de nationaliteitsaanknopning bevordert de recentelijk in de literatuur²⁵ verdedigde bescherming van de culturele identiteit van vreemdelingen. Dat klopt, maar ten faveure van die bescherming zou het dan overigens ook wenselijk zijn om toe te staan, dat personen in kwestie opteren voor de toepassing van vreemd recht, zelfs als dat vreemde recht niet correspondeert met het recht van de staat van hun (effectieve) nationaliteit: iemand zou bijvoorbeeld wellicht moeten kunnen opteren voor de toepasselijkheid van het recht van de staat waarvan hij vroeger de nationaliteit heeft bezeten, indien hij nog een band heeft met de cultuur waarvan dat vreemde recht een manifestatie is. Aanknopning bij gemeenschappelijk nationaal recht is dus maar een piepklein stapje ter bevordering van de bescherming van de culturele identiteit van personen in een pluri-forme maatschappij.²⁶

Opmerkelijk is dat art. 1 geen *favor-approach* heeft, anders dan – zoals we later zullen zien – art. 4 en – tot op zekere hoogte – art. 2. De toelichting²⁷ staat hier uitvoerig bij stil:

Zou men de totstandkoming van familierechtelijke betrekkingen steeds in het belang van het kind achten, dan zou er aanleiding zijn om vrijheid van keuze te scheppen uit een zo groot mogelijke waaier van potentieel toepasselijke rechtsstelsels.....

Het is bijvoorbeeld niet zo dat het belang van het kind steeds gediend is met het bestaan van familierechtelijke betrekkingen met de echtgenoot van de moeder. Ontkenning van het vaderschap is vaak nodig om een familierechtelijke band te scheppen tussen het kind en zijn werkelijke (biologische) vader. Bij de erkenning is er niet per definitie een tegenstelling van belangen, ofschoon zich ook daar een dergelijke tegenstelling kan voordoen. Een erkenning kan eraan in de weg staan dat een kind in familierechtelijke betrekking komt te staan tot de man met wie de moeder later huwt.

Deze overwegingen hebben ertoe geleid dat een regeling is ontworpen die de erkenning favoriseert maar die tegelijkertijd een groot gewicht toekent aan het vereiste van toestem-

24. NIPR 2000, p. 17.

25. A.P.M.J. Vonken, 'De multiculturele samenleving en de bemiddelende rol van het internationaal privaatrecht en de mensenrechten. Iets over tolerantie, culturele identiteit en rechtspluralisme', in: P.B. Cliteur e.a., *Sociale cohesie en het recht*, Uitgave van het E.M. Meijers Instituut, Koninklijke Vermande, Lelystad 1998, 97-166 in het bijzonder 112.

26. Zie over de mogelijke consequenties van de aanwezigheid van met name vele moslims in West Europa voor de hier geldende IPR-normen: J. Deprez, 'Droit international privé et conflits de civilisation. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)', *Recueil des cours*, 1988-IV, p. 9-273; M.C. Foblets (red.), *Familles-Islam-Europe, Le droit confronté au changement*, Parijs, L'Harmattan, 1996 (coll. Musulmans d'Europe); M.C. Foblets (red.), *Femmes marocaines et conflits familiaux en immigration. Quelles solutions juridiques appropriées? / Marokkaanse migrantenvrouwen. Wat zijn passende juridische oplossingen?* Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1998; M.C. Foblets, 'L'approche fonctionnelle du conflits des nationalités ou la survivance d'un statut étranger en la personne de naturalisés binationaux' (noot onder: Rb. Brussel (burgerlijke kamer), 9 april 1997), *Revue du droit des étrangers*, 1997, p. 256 e.v.; S. Jahel, 'La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français?', *R.I.D.C.*, 1994, p. 50; Ph. Lardinois, 'Réflexion critique sur la réception du statut personnel musulman en Belgique, ou de la négociabilité de l'ordre public dans une société pluriculturelle?', in: P. Gerard/ Fr. Ost/ M. Van Kerckhove (red.), *Droit négocié, droit imposé*, Brussel, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, 605-629.

27. MvT, p. 4, 5.

ming van de moeder, onderscheidenlijk van het kind. Ook in de regeling van de ontkenning van het vaderschap is een favoriserend element opgenomen, om redenen die in de toelichting op artikel 2 nader zullen worden uiteengezet.

De strakke benadering van art. 1 zonder *favor*-elementen, wordt dus wat betreft de vestiging van afstammingsbanden door geboorte gecompenseerd door de in beginsel favoriserende regeling van art. 4 voor de erkenning en overigens ook van art. 7 voor de wettiging. Dat is plezierig. Als wegens het gemeenschappelijke nationale recht van een echtpaar of een ander toepasselijk recht geen familierechtelijke banden met de echtgenoot van de moeder tot stand komen, terwijl dat bijvoorbeeld volgens een ander rechtstelsel waarmee aanknopingspunten bestaan, wel het geval zou zijn, kunnen deze banden in de regel redelijk eenvoudig worden gevestigd gezien de favoriserende verwijzingsregel van art. 4. Er is dus nog geen sprake van een permanent buiten boord vallend kind. Het kind kan alsnog aan boord worden gehaald.

Overigens zal ik hierna bij de bespreking van art. 6 in beginsel een soortgelijke favoriserende benadering bepleiten bij de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Door het introduceren van een dergelijke begunstigende benadering in art. 6 zou nog een extra compensatie voor de strakke bepaling van art. 1 optreden.

Uiteraard moet de vraag worden opgeworpen of het direct in art. 1 implementeren van de *favor*-benadering niet te prefereren zou zijn? Ik meen, dat een ontkennend antwoord moet worden gegeven. Terecht betwijfelt de zo-even geciteerde passage uit de toelichting namelijk, of het scheppen van familierechtelijke betrekkingen met de (ex-)echtgenoot van de moeder telkens in het belang van het kind is. Het begunstigen van dergelijke betrekkingen in art. 1 zou het aantal gevallen doen toenemen, waarin ontkenningprocedures zouden moeten worden gevoerd. Bovendien zou het mijns inziens strikt noodzakelijk zijn om de ontkenningsmogelijkheden van art. 2 dan buitengewoon ruim te maken en zeker niet te onderwerpen aan het belang van het kind. Het vaderschap zou dan in beginsel in alle gevallen ontkend moeten kunnen worden, waarin zulks vanwege de biologische onwaarheid van de afstammingsrelatie mogelijk is conform een der betrokken rechtstelsels, of waarin het vaderschap conform een van de betrokken rechtstelsels helemaal niet tot stand zou zijn gekomen. Met andere woorden: een begunstigend art. 1 heeft dwingende consequenties voor art. 2.

Overigens wil het mij voorkomen, dat ook bij de thans voorgestelde regeling van art. 1 serieus overwogen zou kunnen worden de ontkenningsmogelijkheden ex art. 2 aanzienlijk op te rekken. Hierna zal daarop nog worden ingegaan.

Ook de Staatscommissie²⁸ onderstreepte, dat een neutrale regel voor wettigheidsvragen meer op zijn plaats is dan een favoriserend aanknopingsprocédé. De Commissie wees erop, dat een dergelijke neutrale regel past bij het feit, dat internrechtelijk binnen en buiten huwelijk geboren kinderen wat hun rechtspositie betreft gelijk gesteld zijn. Bovendien zou het verwerken van *favor* in de onderhavige regeling in de vorm van een alternatieve of subsidiaire aanknopings of in de vorm van

28. A.w., p. 145.

een eenzijdige materiële regel de regeling gecompliceerd en daardoor in de praktijk moeilijker hanteerbaar maken.²⁹

Hoewel de gekozen benadering van art. 1 mijns inziens de voorkeur verdient in vergelijking tot andere oplossingen, kunnen over de inhoud van het voorgestelde artikel wel nog allerlei detailvragen worden opgeworpen.

Zo is de vraag gerechtvaardigd, wat precies moet worden verstaan onder “gewone verblijfplaats”. Kennelijk beoogt het ontwerp aan te sluiten bij het gebruik van dit woord in de Nederlandse vertaling van de Haagse verdragen ter aanduiding van “*habitual residence*”, respectievelijk “*résidence habituelle*”. Deze aansluiting bij de in het IPR gebruikelijke terminologie is op zichzelf gezien begrijpelijk.³⁰ In casu gaat het echter om autonoom Nederlands IPR, dat geen implementatie van verdragsregels is. Zou het dan niet op zijn plaats zijn de inhoud van de term in een definitiebepaling, althans in een toelichtend document te verduidelijken? Het feit, dat de term al eerder in autonome IPR-wetten is gebruikt³¹ doet daaraan niet af. Voorkomen dient te worden, dat in onze wetgeving allerlei begrippen naast elkaar worden gehanteerd, die allemaal min of meer refereren aan de plaats waar iemand normaliter is, zonder de preciese verhouding van deze begrippen ten opzichte van elkaar aan te geven.³²

De vraag komt verder op, wat in lid 1 wordt bedoeld met “het recht van de staat van hun gemeenschappelijke gewone verblijfplaats”. Het komt me voor, dat dit gewoonlijk de plaats is waar twee personen in de regel verblijven. De formulering blijkt evenwel ongelukkig te zijn. De bedoeling is namelijk volgens de toelichting³³, dat beide ouders in dezelfde staat een gewone verblijfplaats hebben. Het is niet nodig, dat de gewone verblijfplaats van de ouders dezelfde is, aldus de toelichting. Dit is van belang, indien het huwelijk van de ouders inmiddels door echtscheiding is ontbonden. Op het moment van de ontbinding zal dan in de meeste gevallen geen sprake meer zijn van een gemeenschappelijke gewone verblijfplaats van de ouders, maar ze kunnen natuurlijk nog wel beiden in hetzelfde land wonen. De vraag is evenwel gerechtvaardigd, waarom dit in de voorgestelde wettekst dan niet direct dusdanig duidelijk wordt geformuleerd, dat het fronsen van wenkbrauwen of zelfs misverstanden worden uitgesloten?

Wat is trouwens rechtens als de moeder niet is gehuwd, maar met een andere vrouw (of met een man) een partnerschap heeft laten registreren naar Nederlands recht, of eventueel onder toepassing van een ander recht, dat een dergelijke registratie kent? Deze interessante vraag is opgeworpen door de Vaste Commissie voor

29. Ook de Permanente Commissie, a.w., p. 30 sprak zich voor een neutrale verwijzingsregel uit.

30. Zo ook de Permanente Commissie, a.w., p. 29.

31. Verwezen zij ondermeer naar art. 1 lid 1 sub b Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen.

32. Verwezen zij in dit verband naar mijn kritiek op het gebruik van het begrip “feitelijke woonstede” in de definitie van het begrip “hoofdverblijf” in art. 1 Rijkswet op het Nederlanderschap zoals voorgesteld door wetsontwerp 25 891 (R 1609) in: H.U. Jessurun d’Oliveira (red.), *Trends in het nationaliteitsrecht*, Sdu, ‘s-Gravenhage 1998, p. 60-62. Vergelijk voorts de kritische opmerking van de Staatscommissie over het aanvankelijk voorgestelde begrip “woonland”, a.w., p. 137.

33. MvT, p. 8.

Justitie.³⁴ Het is natuurlijk zonder meer mogelijk te stellen, dat dan de verwijzingsladder van art. 1 helemaal niet van stal hoeft te worden gehaald, omdat geen sprake is van een met de moeder gehuwde of gehuwd geweest zijnde man, zodat de verwijzingsregel van art. 3 moet worden gehanteerd om te bepalen met welke vrouw het kind in familierechtelijke betrekkingen staat. Anderzijds moeten we ons realiseren, dat het denkbaar is, dat (in de toekomst) in sommige rechtssstelsels wel afstammingsbanden kunnen ontstaan tussen een partner (m/v) van de moeder en het uit haar geboren kind. Is het Anno 2000 niet verstandig om met die mogelijkheid rekening te houden en in de nu op stapel staande wet, althans in toelichtende stukken een antwoord op de daarmee samenhangende vragen te geven? De tolerantie die zo kenmerkend is voor het IPR, dient er dan mijns inziens toe te leiden, dat zulke afstammingsbanden tot stand komen als het toepasselijke recht deze kent. Dit geldt temeer, daar één van de overwegingen om zulke afstammingsbanden naar intern Nederlands recht niet te creëren is, dat deze banden in het buitenland vermoedelijk vaak niet zullen worden erkend. Als een buitenland een andere beslissing neemt, hoeft het Nederlandse recht er in dat perspectief geen moeite mee te hebben als naar het toepasselijke buitenlandse recht zulke banden ontstaan.³⁵ Lid 3 van art. 1 geeft aan, dat in het geval van meervoudige gemeenschappelijke nationaliteit van de moeder en haar (ex-)echtgenoot geen aanknopings bij de effectieve nationaliteit plaatsvindt, maar moet worden uitgeweken naar de volgende sport op de aanknopingsladder: hun gezamenlijke gewone verblijfplaats. In vele gevallen zal dat trouwens leiden tot toepassing van het recht van de effectieve nationaliteit als echtgenoten beiden bijvoorbeeld zowel de nationaliteit van Nederland als woonland hebben, als van het land waar zij beiden oorspronkelijk vandaan kwamen. Een effectiviteitstoets blijft dus achterwege. Voor een realiteitstoets geldt kennelijk hetzelfde³⁶: Als er geen sprake is van een meervoudige gemeenschappelijke nationaliteit, maar slechts van een enkelvoudige gemeenschappelijke nationaliteit dan is deze steeds aanknopingsfactor. Het eventueel verwaterd zijn van deze nationaliteit voor één of zelfs beide echtgenoten heeft in het ontwerp kennelijk niet de geringste relevantie.

De toelichting³⁷ motiveert deze keuze als volgt:

Een dergelijke relativering veronderstelt dat men alle omstandigheden van het geval tegen elkaar afweegt. Aangezien de voorgestelde regelgeving in de eerste plaats zal moeten worden toegepast door de ambtenaar van de burgerlijke stand, komt het mij raadzaam voor om regels op te stellen die dergelijke afwegingen, die tot beoordelingsverschillen kunnen leiden, zoveel mogelijk vermijden. Om dezelfde reden is het voor dit onderwerp minder aangewezen om een effectiviteitstoets op elk der echtgenoten toe te passen, zoals in artikel 2, onder b, van de Wet conflictenrecht huwelijk is voorgeschreven. Veeleer zou ik ervoor voe-

34. Zie Verslag d.d. 8 december 1999, p. 2. M.m. kan een soortgelijke vraag worden opgeworpen, indien de moeder met een andere vrouw zou zijn gehuwd. Vergelijk in dit verband het wetsvoorstel openstelling huwelijk, wetsontwerp 26 672.

35. Bovendien kan een persoon naar toekomstig Nederlands recht vermoedelijk wel door adoptie kind van twee ouders van hetzelfde geslacht worden. Zie wetsontwerp 26 673. Vgl. overigens de interessante casus besproken in de parlementaire stukken betreffende wetsontwerp 26 673, nr. 5, p. 30, 31.

36. Zie ook Vonken, NIPR 2000, p. 17.

37. MvT, p. 8, 9.

len aan te sluiten bij een andere regeling die een voor partijen gemeenschappelijke oriëntatie tot uitgangspunt neemt, nl. de Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen (Wet van 16 september 1993, Stb. 1993, 514), en waarin het begrip "gemeenschappelijke nationaliteit" op geen enkele wijze is gerelativeerd.³⁸

Ik ben hiermee niet gelukkig. Als men principieel aanknoopt bij het nationale recht van betrokkenen, is het curieus zulks achterwege te laten indien betrokkenen meer dan een gemeenschappelijk nationaal recht hebben. Het is in de regel zo, dat de echtgenoten in kwestie wel degelijk zeer effectieve banden hebben met een bepaalde gemeenschappelijke nationaliteit. In dit verband zij er bij wijze van voorbeeld aan herinnerd, dat vele gevallen van bipatridie tegenwoordig worden veroorzaakt door het afzakken van de afstandseis in geval van naturalisatie. Men beseft, dat juist daarom ondermeer vele in Nederland woonachtige Marokkaanse echtparen door naturalisatie tevens de Nederlandse nationaliteit bezitten. Een Marokkaan hoeft namelijk in geval van naturalisatie geen afstand te doen van de oude nationaliteit, omdat zulks in redelijkheid niet van betrokkene kan worden gevergd, aldus het beleid gevoerd op basis van art. 9 lid 1 sub b Rijkswet op het Nederlanderschap (hierna af te korten als: *RwNed*).³⁹ In menig buitenland wordt soortgelijk beleid gevoerd. Dat leidt er toe, dat niet alleen het aantal individuele bipatriden recentelijk sterk is toegenomen, maar dat ook het aantal bipatride echtparen een bepaald niet te verwaarlozen categorie is. Zo is het bijvoorbeeld denkbaar, dat in Nederland woonachtige echtgenoten beiden de Belgische nationaliteit bezitten, omdat beiden in België zijn genaturaliseerd, maar daardoor hun oorspronkelijke Marokkaanse nationaliteit niet hebben verloren. Toepassing van het Nederlandse recht als recht van het woonland in plaats van toepassing van het gemeenschappelijke Belgische recht ligt dan mijns inziens niet direct voor de hand als in beginsel voor een nationaliteitsaanknoping is gekozen.

Het formuleren van vuistregels voor de bepaling van de meest effectieve gemeenschappelijke nationaliteit is trouwens niet zo gigantisch moeilijk. De laatst verworven nationaliteit zou bijvoorbeeld als maatgevend kunnen worden aangemerkt; men zou ook waarde kunnen hechten aan het antwoord op de vraag in welk van de landen, waarvan betrokkenen de nationaliteit bezitten, zij laatstelijk hebben gewoond; ook zou men het aanwijzen van de effectieve nationaliteit aan betrokkenen kunnen overlaten. Ook Vonken⁴⁰ breekt een lans voor het toepassen van het recht van de effectieve nationaliteit in geval van meervoudige nationaliteit. In beginsel zou volgens hem dan moeten worden toegepast het recht van de effectieve nationaliteit ten tijde van de geboorte, althans ten tijde van het verrichten van een rechtsfeit. Op deze regel wil hij uitzonderingen maken, indien aan een regel het begunstigingsprincipe ten grondslag ligt, zoals – we zullen dat hierna nog zien – bij art. 4. Indien een verwijzingsregel gebaseerd is op de openbare orde, zoals art. 4 lid 2, ligt het volgens Vonken ook voor de hand om een effectiviteitstoets achterwege te laten. In deze opmerkingen van Vonken kan ik mij vinden.

38. Zie art. 1 lid 2 Wet conflictenrecht huwelijksbetrekkingen.

39. Zie *Handleiding voor de toepassing van de Rijkswet op het Nederlanderschap van 1999*, commentaar op art. 9.

40. NIPR 2000, p. 17, 18.

Art. 1 is in beginsel uitsluitend van toepassing als een Nederlandse autoriteit moet beslissen over het al dan niet zijn ontstaan van familierechtelijke betrekkingen tussen een kind en diens gehuwde of gehuwde geweeste ouders. Mocht een buitenlandse autoriteit zich reeds hebben uitgesproken over het al dan niet bestaan van de familierechtelijke betrekkingen, dan wordt die beslissing in beginsel erkend. Zo blijkt uit de hierna nog gedetailleerd te bespreken art. 9 en 10. Een conflictrechtelijke toetsing aan de hand van de regels van art. 1 blijft dan achterwege. De buitenlandse beslissing wordt als *fait accompli* in beginsel overgenomen, ook als ander recht is toegepast dan het ingevolge art. 1 toepasselijke recht. Deze benadering juich ik toe. Terecht wijst Vonken⁴¹ er op, dat dit bevorderlijk is voor een zekere continuïteit waaraan in het bijzonder behoefte bestaat bij onderwerpen die de persoonlijke staat van personen betreffen.⁴²

4.3.2 Artikel 2

Art. 2 formuleert in de eerste plaats de verwijzingsregel, indien de vraag moet worden beantwoord of familierechtelijke betrekkingen als bedoeld in art. 1 in een gerechtelijke procedure tot gegrondverklaring van een ontkenning kunnen worden teniet gedaan. Het toepasselijke recht is:

- a. het recht dat ingevolge art. 1 op het bestaan van die betrekkingen toepasselijk is (art. 2 lid 1);
- b. maar indien volgens het sub a bedoelde recht ontkenning niet of niet meer mogelijk is, dan kan de rechter, indien zulks in het belang is van het kind en de ouders en het kind een daartoe strekkend gezamenlijk verzoek doen, een ander in art. 1 genoemd recht toepassen, dan wel het recht toepassen van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind ten tijde van de ontkenning of het Nederlandse recht (art. 2 lid 2).

Ongeacht welk recht wordt toegepast in een gerechtelijke procedure strekkende tot ontkenning van het vaderschap van de (ex-)echtgenoot van de moeder is het voorschrift van art. 212 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek altijd – als voorrangregel – van toepassing, aldus bepaalt art. 2 lid 3. Het is derhalve steeds nodig om een bijzonder curator voor het kind te benoemen, als het kind tijdens het instellen van de ontkenningsprocedure nog minderjarig is.

Art. 2 lid 1 en 2 betreffen gerechtelijke procedures strekkende tot ontkenning van het vaderschap. In vele rechtssystemen kan een moeder evenwel – net als bij ons in de gevallen bedoeld in art. 1:199 sub b BW – het vaderschap van de (ex-)echtgenoot ook teniet doen door een verklaring houdende ontkenning door de moeder ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand. Of zulks mogelijk is, wordt weer bepaald door het recht dat krachtens art. 1 op het bestaan van de familierechtelijke betrekkingen van toepassing is, zo bepaalt art. 2 lid 4. Lid 4 stelt echter

41. NIPR 2000, p. 19.

42. Verwezen zij voorts naar de boven reeds gemaakte opmerkingen over de verhouding van het internationaal familierecht en het door het Europese recht gegarandeerde vrij verkeer van personen. Zie voorts de boeiende beschouwingen van de Staatscommissie, a.w., p. 138-144.

autonome eisen aan de mogelijkheid tot ontkenning van het vaderschap door een buitengerechtelijke verklaring: zo'n verklaring kan slechts worden afgelegd indien de met de moeder gehuwde of gehuwd geweest zijnde man erin toestemt en indien tegelijkertijd familierechtelijke betrekkingen tussen het kind en een andere man ontstaan of worden gevestigd. Indien aan deze voorwaarden niet is voldaan, zal de moeder een gerechtelijke procedure moeten beginnen om van de ongewenste vader af te komen. Hetzelfde recht is dan weer van toepassing, maar de *escape*-mogelijkheid van lid 2 bestaat dan om onwelgevallig toepasselijk recht in het belang van het kind te ecarteren. Zulks blijkt uit de in lid 4 voorkomende woorden "Onverminderd het eerste en het tweede lid ...".

Ik ben allerm minst gelukkig met de additionele, autonome eisen, die in art. 2 lid 4 worden gesteld voor het toelaten van een buitengerechtelijke ontkenning van het vaderschap door de moeder:

- a. instemming van de met de moeder gehuwde of gehuwd geweest zijnde man, en
- b. tegelijk scheppen van nieuwe familierechtelijke betrekkingen met een andere man.

Het Nederlandse afstammingsrecht kent deze condities niet. Juist in het geval waarin het Nederlandse recht de mogelijkheid van een buitengerechtelijke ontkenning van het vaderschap kent, wordt de eis van instemming van de (ex-)echtgenoot niet gesteld: deze is in de gevallen bedoeld in art. 199 sub b BW dan immers overleden. Ook de eis van het tegelijkertijd scheppen van nieuwe afstammingsbanden met een andere man roept vraagtekens op. Er zij aan herinnerd, dat de Hoge Raad in het verleden heeft geoordeeld, dat het strijd met het EVRM opleverde, indien wordt geëist – zoals in het oude art. 198 lid 3 BW – dat de moeder van een kind na de ontkenning van het vaderschap van de (ex-)echtgenoot binnen een jaar hertrouwt met de erkenner van het kind.⁴³ Het is dan ook curieus de onderhavige eisen wel in IPR-context tegen te komen. Een openbare orde achtergrond hebben deze eisen niet; slechts de wellicht wat moeilijke toepasbaarheid van een ongeconditioneerde buitengerechtelijke ontkenningsmogelijkheid door de ambtenaren van de burgerlijke stand kan de grondslag van deze regeling zijn. Ik ben het op dit punt roerend eens met Vonken⁴⁴ dat dit niet overtuigt. Hij spreekt in dit verband zelfs van het denatureren van het toepasselijk buitenlands recht. Die opmerking snijdt hout, maar het is zelfs nog doller: ook het Nederlandse recht zou kunnen worden gedenatureerd. Het resultaat van de verwijzingsregel van art. 2 juncto art. 1 kan immers ook zijn, dat Nederlands recht als toepasselijk wordt aangewezen. Bij letterlijke interpretatie van art. 2 geldt ook dan de exceptie van lid 4. Uiteraard kan dat niet de bedoeling zijn, want dat zou impliceren, dat een buitengerechtelijke ontkenning van het vaderschap extra condities kent als er een relatie met een bui-

43. Zie HR 17 september 1993, NJ 1994, 373, m.nt. W. H-S en EAA. In haar noot stelt mevr. Hammerstein-Schoonderwoerd benieuwd te zijn, wat beslist zou worden, wanneer een moeder het vaderschap van haar na ontbinding van het huwelijk geboren kind wil ontkennen zonder dat een andere man het erkent. Vgl. ook R. Kötting, 'Ontkenning van wettigheid in het internationaal privaatrecht – een Amsterdamse glosse', in: *Stad en Recht*, Gouda Quint, Arnhem 1982, p. 55, 56.

44. NIPR 2000, p. 21.

tenlandse rechtsorde is, ook al is volgens ons verwijzingsrecht Nederlands recht toepasselijk. De constatering, dat de letterlijke tekst van art. 2 echter tot dit resultaat lijkt te leiden, veroordeelt reeds de inhoud van het vierde lid.

Een ambtenaar van de burgerlijke stand is blijkens art. 2 lid 4 niet bevoegd in geval van buitengerechterlijke ontkenning door de moeder op grond van art. 2 lid 2 een ander recht toe te passen dan het op grond van art. 1 toepasselijke recht. Subsidiaire aanknoping is dus dan onmogelijk. Sterker nog, zoals we zo-even zagen, geldt ook als de (ex-)echtgenoot tegenspartelt of niet ogenblikkelijk familierechtelijke betrekkingen met een andere man ontstaan of worden gevestigd, voor de ambtenaar *hands off*. In dergelijke gevallen kan het vaderschap slechts teniet worden gedaan door een rechterlijke beslissing, eventueel onder toepassing van een ander dan het krachtens art. 1 toepasselijke recht. Deze benadering is als volgt toegelicht in de toelichting⁴⁵:

Internationale gevallen zijn per definitie gecompliceerd. De ambtenaar van de burgerlijke stand is niet geëquipeerd om de opportuniteit van een ontkenning te beoordelen. Het is daarom raadzaam de mogelijkheid tot ontkenning ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand te beperken tot die gevallen waarin het op grond van artikel 1 toepasselijke recht voorziet in een buitengerechterlijke ontkenning en waarin de ambtenaar van de burgerlijke stand genoegzaam is gebleken dat betrokkenen het met elkaar eens zijn. Indien dit niet het geval is, is de gang naar de rechter mogelijk.

De kwaliteiten van een ambtenaar van de burgerlijke stand worden op deze plaats in de toelichting wel erg laag ingeschat. Opmerkelijk daarbij is in het bijzonder, dat in zuiver Nederlandse gevallen volgens het Nederlandse Burgerlijk Wetboek door de bedoelde ambtenaren ook verklaringen moeten worden geaccepteerd, die niet voldoen aan de door lid 4 gestelde eisen. Kennelijk kan dan wel de "opportuniteit van een ontkenning" worden beoordeeld.

Overigens wijst de toelichting erop, dat zowel de Staatscommissie als de Permanente Commissie er in hun adviezen op hebben aangedrongen dat in het belang van het kind de kring van voor toepassing in aanmerking komende rechtstelsels wordt verruimd om de ontkenning mogelijk te maken. Aan die wens is tegemoetgekomen. Vervolgens onderstreept de toelichting:⁴⁶

Een voorwaarde daartoe is dat de meest betrokken partijen, de moeder, de vader en het kind (vertegenwoordigd door een bijzondere curator), overeenstemming bereiken over de toepassing van een ander recht dan het recht dat de afstamming beheerst ingevolge artikel 1.⁴⁷ Evenwel lijkt het te ver te gaan, de rechter aan deze wens van partijen te binden en aldus het beginsel van de partijautonomie onbeperkt toe te laten in afstammingsvragen.

Het karakter van openbare orde dat aan het afstammingsrecht eigen is, laat naar mijn mening niet toe, dat hier alleen de wil van de betrokkenen de doorslag zou kunnen geven.

Deze toelichting verdient aandacht. Opmerkelijk is immers, dat art. 2 lid 2 de eis stelt dat alle betrokkenen het met elkaar erover eens moeten zijn, dat de rechter

45. MvT, p. 11.

46. MvT, p. 10.

47. Zie daarover de Staatscommissie, a.w., p. 147; alsmede de Permanente Commissie, a.w., p. 30.

een ander recht zou moeten toepassen dan het ingevolge art. 1 toepasselijke recht. Een vraagteken daarbij is hier op zijn plaats.

Juist bij de ontkenning van het vaderschap kunnen zich immers belangentegenstellingen voordoen. Is het dan niet eigenaardig om de eis te stellen, dat partijen het met elkaar eens moeten zijn over het wenselijke uitwijken naar ander recht? Niet geheel duidelijk is verder, of de betrokkenen het ook eens moeten zijn over welk ander recht zou moeten worden toegepast door de rechter? Ligt het niet meer voor de hand het aan de rechter over te laten om te beslissen over de opportuniteit van het uitwijken naar een ander recht op daartoe strekkend verzoek van één der partijen? Overigens zou ik menen, dat ook zou moeten kunnen worden uitgeweken naar een recht krachtens welk de ter discussie staande familierechtelijke betrekkingen helemaal niet tot stand gebracht zouden zijn. Een dergelijke regeling zou dan door Nederlandse bril moeten worden gezien als ongelimiteerde ontkenningsmogelijkheid.⁴⁸ Wellicht is zulks ook de bedoeling. Het ware evenwel wenselijk zulks eventueel in een toelichtend stuk uitdrukkelijk aan te geven.

Met betrekking tot het tweede lid komt verder de vraag op, of de rechter slechts de aanknopingsladder van art. 1 verder mag beklimmen door bijvoorbeeld het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind ten tijde van de geboorte toe te passen in plaats van het recht van de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats van de ouders ten tijde van de geboorte of ook nog anders kan handelen? Mag de rechter bijvoorbeeld ook een gemeenschappelijk nationaal recht van de ouders toepassen, hoewel dat recht buiten het beeld van de toepassing van art. 1 viel, omdat de ouders meer dan één gemeenschappelijke nationaliteit hebben? Ik zou dat willen bepleiten.

Opmerkelijk is voorts, dat art. 2 lid 2 het desnoods mogelijk maakt om Nederlands recht als alternatief toe te passen. Bij andere artikelen (bijvoorbeeld art. 4) bestaat deze *escape* niet. Waarom wordt hier deze mogelijkheid geboden en wordt deze elders niet voorzien? Is zulks niet inconsequent?⁴⁹

Maar cruciaal is uiteraard de vraag, in welk licht de rechter moet beslissen, of naar een ander recht zal worden uitgeweken. Wat moet precies onder "het belang van het kind" worden verstaan? Is het in het belang van het kind om te streven naar de biologische waarheid? Of is dat belang er mee gediend om zoveel mogelijk een wettige vader te behouden? Terecht wordt in het Verslag van de Vaste Commissie van Justitie over dit ontwerp de vraag gesteld, hoe een rechter op gedegen wijze ambtshalve onderzoek zal kunnen verrichten naar wat het belang van het kind is.⁵⁰ Het wil me voorkomen, dat ons Burgerlijk Wetboek in deze richting wijzend kan zijn. Indien men art. 1:200 en 201 BW bestudeert, is de hoofdlijn die gevolgd

48. Het ligt immers voor de hand, dat een rechtstelsel, dat in bepaalde gevallen concludeert, dat geen familierechtelijke betrekkingen ontstaan tussen een kind en de (ex-)echtgenoot van de moeder, aan deze (ex-)echtgenoot geen mogelijkheid biedt om zijn vaderschap formeel te ontkennen. Wat niet is, hoeft niet te worden verwijderd. Indien men door de Nederlandse IPR-bril op te zetten, concludeert, dat er wel iets is en vervolgens aan het desbetreffende vreemde recht vraagt, of ontkenning volgens dat recht mogelijk is, moet het antwoord daarom evident bevestigend luiden.

49. Verslag van de Vaste Commissie van Justitie, a.w., p. 5.

50. Verslag, a.w., p. 5.

wordt *favor veritatis*: in beginsel wordt de mogelijkheid gegeven om de juridische situatie in overeenstemming te brengen met de biologische. Op dat beginsel worden enige uitzonderingen gemaakt. Voor de moeder en de vader wordt ontkenning van het vaderschap in enkele gevallen aan banden gelegd, namelijk indien de man voor het huwelijk heeft kennis gedragen van de zwangerschap (art. 200 lid 2), alsmede indien de man heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad (art. 200 lid 3). Maar de echtgenoot kan het vaderschap zelfs in die gevallen ontkennen, indien de moeder hem omtrent het vaderschap heeft bedrogen. Voor het kind in kwestie bestaat steeds de mogelijkheid om het vaderschap te ontkennen op grond van het feit, dat de echtgenoot van de moeder vermoedelijk niet zijn biologische vader is. Behalve de zo-even geformuleerde inhoudelijke eisen, formuleert de wet slechts tijdslimieten. Het komt me voor dat deze principiële *favor veritatis* benadering in het IPR zonder grote bezwaren kan worden doorgetrokken. Over eventuele afwijkende buitenlandse tijdslimieten zou ik niet wakker willen liggen.⁵¹ Anders ligt het wellicht in de gevallen van art. 200 lid 2 en lid 3, waarin de man eenmaal prenataal voor het kind heeft gekozen. Dat kiezen gebeurde in die gevallen op redelijk 'informele' wijze, maar een parallel met de erkenning ligt voor de hand. Een eenmaal ten gunste van een kind gedane keuze moet niet zomaar weer ongedaan kunnen worden gemaakt, zelfs niet op grond van biologische onwaarheid.

Hoe moet deze gedachte in het IPR worden vertaald? Denkbaar is het om deze Nederlandse regels tot voorrangsregel te verheffen. Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn om voor een procedure strekkende tot ontkenning van het vaderschap ingesteld door het kind een veel royalere verwijzingsregel met *favor*-elementen toe te passen dan in gevallen waarin de vader zelf van zijn juridisch vaderschap wil worden bevrijd.⁵²

Vonken⁵³ heeft bezwaren verwoord tegen de begunstigende benadering van art. 2 lid 2. Hij vindt het onevenwichtig en derhalve moeilijk aanvaardbaar, dat een *favor*-benadering in een internationale casus kan leiden tot een bevoordeling van het kind, wiens casus grensoverschrijdende elementen bevat, in verhouding tot een kind wiens afstammingsvraag zich louter in een interne context aandient. Het eerstbedoelde kind krijgt een herkansing, die in een zuiver nationale casus niet existeert, aldus Vonken. Ik meen evenwel, dat begunstiging in het IPR kan worden verdedigd door er op te wijzen, dat de casus in een IPR-context ook extra ingewikkeld zijn, zodat we zeker met het normaal hanteren van nationale tijdslimieten voorzichtig moeten zijn. Juist de complexiteit van een casus met grensoverschrijdende elementen kan bewerkstelligen, dat personen te laat een actie aanhangig maken. Bovendien worden betrokken personen vaak geconfronteerd met hen betreffende hinkende rechtsverhoudingen. Een *favor*-benadering neemt deze mogelijkheden niet weg, maar compenseert ze tenminste een beetje.

51. Anders dan wellicht de Staatscommissie, a.w., p. 156, die bij de bespreking van de vernietiging van de erkenning de mogelijkheid oppert dat een zeer lange termijn misschien van de hand moet worden gewezen via hantering van de openbare orde exceptie.

52. Anders Permanente Commissie, a.w., p. 30.

53. NIPR 2000, p. 18; vgl. reeds Vonken, WPNR 1993, p. 706.

Tegen een *favor*-benadering heb ik op zichzelf dus geen bezwaar. Duidelijk moet echter worden aangegeven ten gunste van welk doel de benadering wordt gekozen. Om zulks te doen "in het belang van het kind" is me absoluut te vaag. Beter ware het, indien uitdrukkelijk zou worden aangegeven, dat het doel *favor veritatis* is. Ik schaar me derhalve achter het pleidooi, dat door De Boer en Kotting is gehouden om het belang van het kind conflictrechtelijk in te kleuren als *favor veritatis*.⁵⁴

Een slotopmerking over art. 2 van het ontwerp: lid 1 laat aan duidelijkheid niets te wensen over, maar in het ongewisse blijft, welk recht zal moeten worden toegepast, als in Nederland een procedure strekkende tot ontkenning van het vaderschap wordt gestart en het betrokken kind in het buitenland is geboren, waarbij de familierechtelijke relatie met de (ex-)echtgenoot van de moeder op grond van de daar geldende conflictregels is vastgesteld onder toepassing van een ander recht dan het recht, dat conform art. 1 van toepassing zou zijn. In beginsel wordt de in het buitenland vastgestelde afstamming hier erkend conform art. 9 of 10. Moet op de ontkenningssactie nu niettemin het door art. 1 aangewezen recht worden toegepast of in plaats daarvan het recht dat in het buitenland feitelijk op de vaststelling van de familierechtelijke betrekking met de (ex-)echtgenoot van de moeder is toegepast? De tekst van art. 2 doet vermoeden, dat art. 1 maatgevend is.⁵⁵ Ik zou evenwel zekerheid op prijs stellen.

4.3.3 Artikel 3

Volgens sommig vreemd recht moet een moeder haar kind erkennen, willen er familierechtelijke betrekkingen ontstaan tussen haar en het uit haar geboren kind. Het antwoord op de vraag, of zulks nodig is, moet worden gegeven onder toepassing van het recht van de staat van de nationaliteit van de vrouw ten tijde van de geboorte van het kind, aldus art. 3 lid 1 zin 1. Als de moeder haar gewone verblijfplaats echter in Nederland heeft, zullen ongeacht het antwoord van het nationale recht van de moeder *ex lege* familierechtelijke betrekkingen ontstaan, zo stelt art. 3 lid 1 zin 2.

Een dergelijke regel is op zichzelf toe te juichen. Problematisch is evenwel of buitenlandse autoriteiten, die benaderd worden om bijvoorbeeld voor het desbetreffende kind een paspoort af te geven (respectievelijk om de naam van het kind te vermelden in het paspoort van de moeder) zonder meer in die conclusie meegaan. Zou het in het belang van het kind niet verstandiger zijn de mogelijkheid te openen, dat de moeder ook als zij in Nederland haar gewone verblijfplaats heeft een erkenningshandeling bij de Nederlandse ambtenaar van de burgerlijke stand verricht? Een dergelijke mogelijkheid te geven is uiteraard iets minder principieel dan de voorgestelde regel en in Nederlands perspectief dan eigenlijk overbodig, maar

54. Th.M.de Boer en R. Kotting, "Het belang van het kind" als conflictrechtelijk keuzemotief: ontkenning van vaderschap en erkenning van kinderen in het Nederlandse internationaal privaatrecht, in: *Kinderen en recht*, Arnhem/Deventer 1989, p. 74-84, in het bijzonder p. 80.

55. Waarbij ik aanteken, dat een rechter dan niettemin de mogelijkheid heeft om met toepassing van art. 2 lid 2 een ander recht toe te passen.

kan in de praktijk voor moeder en kind buitengewoon praktisch zijn. Op dit punt wordt mijns inziens terecht gewezen door Vonken.⁵⁶

Indien de moeder meer dan een nationaliteit bezit, geeft art. 3 – anders dan art. 1 – geen antwoord op de vraag, hoe dan het toepasselijk recht moet worden gedetermineerd. Het ligt mijns inziens in beginsel voor de hand om dan de effectieve nationaliteit de doorslag te laten geven. Uit de toelichting⁵⁷ blijkt evenwel, dat dat niet de bedoeling is. Daar wordt namelijk gesteld:

Naar mag worden aangenomen, brengt het aan de regel ten grondslag liggende favorabiliteitsbeginsel mee dat indien de vrouw meer dan één nationaliteit heeft, het voor de toepassing van artikel 3, eerste lid, niet ter zake doet welke nationaliteit de effectieve is.

Vonken⁵⁸ is daarover terecht zeer kritisch. Als in een regel van conflictenrecht zoals in art. 3 de aanknopingsfactor de nationaliteit van de moeder is, moet worden vastgesteld, dat dit een klassieke verwijzigingsregel zonder begunstigingselementen is. Het enige begunstigingsaspect zit hem in de in de tweede zin van art. 3 lid 1 geregelde voorrang van het Nederlandse recht in geval van gewoon verblijf in Nederland. Duidelijkheid over het toe te passen recht is hier geboden. Indien die er niet komt, zou ik bij art. 3 toepassing van het recht van de effectieve nationaliteit willen bepleiten.

De vraag kan opkomen, welk recht moet worden toegepast indien een ongehuwde vrouw het kind waarvan zij zwanger is, reeds prenatiaal wil erkennen. Toepassing van haar nationale recht ligt dan voor de hand, ook als het nog niet honderd procent zeker is, of zij die nationaliteit ook ten tijde van de geboorte van het kind zal hebben. Art. 3 lid 2 staat daaraan mijns inziens niet in de weg.

Overigens bepaalt art. 3 lid 3, dat het eerste en het tweede lid de toepassing van de op 12 september 1962 te Brussel tot stand gekomen Overeenkomst betreffende de vaststelling van betrekkingen tussen het onwettige kind en zijn moeder (Trb. 1963, 93) onverlet laten. Deze Overeenkomst brengt met zich mee dat de afstamming van de moeder tot bewijs van het tegendeel vaststaat wanneer zij als zodanig is vermeld in de geboorteakte van het kind (art. 1 van bedoelde Overeenkomst). De toelichting⁵⁹ wijst er op dat onder invloed van het Marckx-arrest⁶⁰ in alle Europese landen regelgeving tot stand is gekomen op grond waarvan de moeder als zodanig in de geboorteakte van het kind kan worden opgenomen zonder voorafgaande erkenning. Door het feit van die opnemings worden de familierechtelijke betrekkingen tussen haar en het kind bewezen. Van groot praktisch belang kunnen evenwel de art. 2 en 3 van de vermelde Overeenkomst van Brussel zijn. Is de moeder niet in de buitenlandse geboorteakte vermeld, dan heeft zij volgens deze artikelen de bevoegdheid een verklaring inhoudende de erkenning van het kind af te leggen voor de ambtenaar van de burgerlijke stand. Ook als zij wel als moeder in de

56. NIPR 2000, p. 21.

57. MvT, p. 12.

58. NIPR 2000, p. 21.

59. MvT, p. 12.

60. EHRM 13 juni 1979, NJ 1980, 462, m.nt. E.A. Alkema.

geboorteakte is vermeld, heeft zij die bevoegdheid indien zij aannemelijk kan maken dat een dergelijke verklaring noodzakelijk is om te voldoen aan de eisen welke het recht van een niet-verdragsstaat bij de vermelde overeenkomst stelt. In een dergelijk geval zal de moeder dus in Nederland tot de erkenning van haar kind moeten worden toegelaten.

Waar in deze gevallen aan een moeder reeds moet worden toegestaan om in Nederland haar kind te erkennen, ligt het overigens temeer voor de hand mee te gaan met de suggestie van Vonken en deze bevoegdheid een ruimer toepassingsgebied te geven.

Gesignaleerd zij, dat Vonken⁶¹ de voorrangsregel van art. 3 lid 1 zin 2 aanvalt. Hij vraagt zich af, of het *mater semper certa est*-beginsel van het Marckx-arrest als mensenrecht zo absoluut is, dat het op IPR-niveau moet worden vertaald in een regel van positieve openbare orde. Hij wijst er op, dat de Zwitserse IPR-wetgever zulks niet heeft gedaan om hinkende rechtsverhoudingen te voorkomen. Hij snijdt daarmee een bijzonder moeilijk onderwerp aan: de verhouding van mensenrechten en IPR. Naarmate de banden van een geval met Europa intensiever zijn, neemt ook het belang toe van de mensenrechten zoals ze hier worden gerespecteerd en uitgelegd. De keuze van het ontwerp inhoudende dat de Nederlandse visie op de moederlijke afstamming voorgaat, mits de moeder gewoonlijk in Nederland verblijft, maakt kennelijk in dat licht een keuze. *Mater semper certa est* is voor Nederland als mensenrecht zo belangrijk, dat deze regel voorrang heeft mits de aangegeven duidelijke band met Nederland aanwezig is. De vraag komt evenwel op, wat rechtens is, indien de moeder wier nationale recht het vermelde adagium niet volgt, gewoonlijk verblijft buiten Nederland, maar wel in een land waar de automatische moederlijke afstamming als mensenrecht wordt gezien. Met andere woorden: is de voorgestelde voorrangsformule niet te krap? Zou, als de moeder bijvoorbeeld gewoon verblijft in Duitsland heeft niet ook de moederlijke afstamming automatisch moeten vaststaan? Ik zou denken van wel. Vervolgens dringt zich wel de vraag op, of het niet de voorkeur zou verdienen om ook hier een *favor*-regel te formuleren. Ik neig er toe die vraag bevestigend te beantwoorden. Overigens zou een dergelijke *favor*-regeling de mogelijkheid onverlet moeten laten, dat een moeder haar kind niettemin uitdrukkelijk erkent indien zij aannemelijk kan maken, dat een dergelijke handeling nodig is om te voldoen aan het recht van de staat van haar nationaliteit of de staat van haar gewoon verblijf. Op die manier kunnen sommige hinkende verhoudingen dan worden gerevalideerd.

4.3.4 Artikel 4

Art. 4 geeft een uitvoerige verwijzingsregel voor de vestiging van familierechtelijke betrekkingen tussen een man en een kind door middel van erkenning. Of erkenning mogelijk is wordt, wat betreft de bevoegdheid van de man en de voorwaarden voor de erkenning, bepaald:

61. NIPR 2000, p. 21; vgl. reeds Vonken, WPNR 1993, p. 706.

- a. door het recht van de staat waarvan de man ten tijde van de erkenning de nationaliteit bezit;
- b. indien volgens dat recht erkenning niet of niet meer mogelijk is, is bepalend het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind ten tijde van de erkenning;
- c. is zij ook volgens dat recht niet of niet meer mogelijk, dan is bepalend het recht van de staat waarvan het kind ten tijde van de erkenning de nationaliteit bezit;
- d. is zij volgens dat recht ook niet of niet meer mogelijk, dan is bepalend het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van de man ten tijde van de erkenning.

De zo geformuleerde verwijzingsregel manifesteert eenduidig de wil om erkenningen te begunstigen. Als één van de vermelde rechtsstelsels de erkenning toelaat, dan is deze mogelijk. Overigens kan de rechtstoepasser niet *at random* op grond van één der vermelde rechtsstelsels de erkenning toelaten. Hij dient in de aangegeven volgorde de verwijzingsladder te beklimmen en telkens per sport te controleren, of erkenning is toegestaan: er wordt dus subsidiair aangeknoopt en niet alternatief.⁶² Voor de toepassing van art. 4 lid 1 is het netjes in volgorde beklimmen van de verwijzingsladder op zichzelf minder interessant, maar zoals we dadelijk zullen zien, verklaart art. 5, dat de mogelijkheden tot tenietdoen van de gerealiseerde erkenning door hetzelfde ex art. 4 toegepaste recht worden bepaald. Dat is ook de reden voor het feit, dat art. 4 lid 3 er toe verplicht om in de akte van erkenning en de latere vermelding van de erkenning te vermelden welk recht op de erkenning is toegepast.

Hoe liberaal art. 4 lid 1 dan ook moge zijn, één categorie mannen wordt toch wat strenger aan de teugels gehouden, althans wat betreft het vestigen van familierechtelijke betrekkingen via erkenning: Nederlandse gehuwde mannen. Deze mogen ingevolge het bepaalde in art. 4 lid 2 slechts onder toepassing van het Nederlandse recht een kind van een andere vrouw dan hun echtgenote erkennen. Art. 1:204 lid 1 sub e BW heeft voor deze categorie derhalve onder alle omstandigheden voorrang. Dat wil zeggen, dat een Nederlandse gehuwde man een kind van een andere vrouw dan zijn echtgenote slechts kan erkennen, indien de rechtbank heeft vastgesteld, dat aannemelijk is, dat tussen de man en de moeder een band bestaat of heeft bestaan die in voldoende mate met een huwelijk op één lijn valt te stellen of dat tussen de man en het kind een nauwe persoonlijke betrekking bestaat. Reden daarvoor wordt gegeven door de toelichting:⁶³

Tot het opnemen van deze regel is aanleiding gevonden in verband met het karakter van de erkenning naar Nederlands recht als rechtshandeling, en de mogelijkheid van misbruik van deze rechtsfiguur door gehuwde personen ter omzeiling van de wettelijke bepalingen inza-

62. De Staatscommissie, a.w., p. 153 had zich ook voor een dergelijk aanknopingsprocedé uitgesproken. Zie ook de Permanente Commissie, a.w., p. 32. Anders: De Boer/Kotting, a.w., die partijen de keuze zouden willen geven tussen de toepassing van de diverse rechtsstelsels waarmee banden bestaan.

63. MvT, p. 13.

ke de Nederlandse regelgeving inzake interlandelijke adoptie, welke bepalingen vooral de bescherming van het te adopteren kind op het oog hebben. Om die reden komt het mij wenselijk voor dat de bevoegdheid van de gehuwde Nederlandse man uitsluitend aan het Nederlandse recht wordt getoetst.

Vonken⁶⁴ merkt over art. 4 lid 2 op, dat het niet overtuigend zou om de bepaling van art. 204, eerste lid ook in internationale verhoudingen een openbare orde aureool te geven. Ik deel deze mening. Waar het verbod tot erkenning van kinderen door een gehuwde man naar Nederlands recht uitzonderingen kent, dient men in internationale verhoudingen tolerant te zijn en respect te hebben voor rechtstelsels die de desbetreffende problematiek net iets anders zien. Zulks geldt temeer, nu aanvankelijk in wetsontwerp 24 649 het geheel schrappen van het erkenningsverbod door gehuwde mannen was voorgesteld. Onderstreept zij echter, dat de toelichting niet aan art. 1:204 BW een openbare orde-karakter toeschrijft, doch het argument van dreigende ontduiking van de adoptiebepalingen hanteert. Dat argument heeft voor mij wel overtuigingskracht, temeer omdat ten aanzien van de gehuwde man die het betrokken kind daadwerkelijk heeft verwekt, een andere route kan worden bewandeld, namelijk die van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Aantekening verdient evenwel dat door ongehuwden soms wel de adoptievoorwaarden via erkenning kunnen worden omzeild, zolang dit niet in conflict komt met de art. 9 en 10.

De toestemming van de moeder, onderscheidenlijk het kind, tot de erkenning wordt door het voorgestelde art. 4 aan een aparte verwijzingsregel onderworpen. Toepasselijk is:

- a. het Nederlandse recht, indien de moeder, onderscheidenlijk het kind, ten tijde van de toestemming de Nederlandse nationaliteit bezit;
- b. het recht van de staat waarvan de moeder, onderscheidenlijk het kind, ten tijde van de toestemming de nationaliteit bezit;
- c. indien het toepasselijke recht de erkenning niet kent, het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van de moeder, onderscheidenlijk het kind ten tijde van de toestemming.

Het op de toestemming toepasselijke recht bepaalt tevens of bij gebreke van toestemming deze kan worden vervangen door een rechterlijke beslissing. De toelichting⁶⁵ stelt hierover:

Men kan zich afvragen of het in de Nederlandse wet neergelegde vereiste van toestemming van de moeder of het kind in Nederland als een voorrangregel zou moeten gelden. Dat zou betekenen dat aan dat vereiste moet zijn voldaan ongeacht of het nationale recht van de moeder of het kind een dergelijk voorschrift bevat. Een zo strenge regel zou echter haar doel missen. Zeer veel rechtstelsels – waaronder het merendeel van de Europese stelsels – kennen het vereiste van toestemming niet, hetgeen samenhangt met het karakter van de erkenning als waarheidshandeling. Het zal daarom veelal mogelijk zijn in het buitenland een akte van erkenning te laten opmaken zonder dat de moeder of het kind met de handeling instemt.

64. NIPR 2000, p. 22.

65. MvT, p. 14.

Anders dan in art. 1 volgt art. 4 dus een eenduidige begunstigingsbenadering. De vraag is daarom gerechtvaardigd, waarom dat hier wel gebeurt en daar niet. De MvT op p. 13 argumenteert als volgt:

De rechtsfiguur van de erkenning dient in de eerste plaats het belang van het kind. Van een belangentegenstelling tussen de moeder en de erkenner zal veelal geen sprake zijn. Er is daarom aanleiding om hier, anders dan bij de afstamming van een kind van gehuwde ouders, een de erkenning begunstigende regel te geven.

Ik kan dit betoog niet volgen. Ook bij een erkenning zijn wel degelijk en zonder veel verbeelding belangentegenstellingen mogelijk. Juist derhalve besteedt art. 4 lid 4 aparte aandacht aan het vereiste van toestemming van de moeder en het kind en wordt voor die toestemming een aparte verwijzingsregel geformuleerd. Bij de materie van art. 1 spelen inderdaad ook belangentegenstellingen, die in het ontwerp duidelijk boven water komen bij de ontkenning van het vaderschap, waarvoor art. 2 verwijzingsregels formuleert. Met Vonken⁶⁶ deel ik derhalve de mening, dat de geciteerde passage van de toelichting niet overtuigt. Anders dan Vonken meen ik evenwel, dat de begunstigingsbenadering van art. 4 als dusdanig geaccepteerd kan worden, mits deze lijn dan ook wordt doorgetrokken bij enkele andere regels. Ten aanzien van art. 1 merkte ik boven immers reeds op, dat ik me kan vinden in het strakke niet begunstigende regiem van art. 1 juist vanwege het feit, dat art. 2 en 4 begunstigend zijn en mijns inziens ook voor art. 6 deze benadering zou moeten worden gekozen. Enkele meer gedetailleerde opmerkingen zijn weer op zijn plaats.

Art. 4 lid 1 is helemaal toegesneden op een situatie waarin een kind al geboren is. Welk recht dient te worden toegepast, indien een man een kind prenataal wil erkennen? Indien zijn nationale recht zulks toelaat, is er geen probleem. Indien dat niet het geval is, ligt de zaak iets moeilijker: wat zal de gewone verblijfplaats van het kind worden en wat zal de nationaliteit van het kind zijn? Het ligt voor de hand om aan te nemen dat de gewone verblijfplaats van het kind die van zijn moeder zal zijn en het in de regel ook haar nationaliteit zal verwerven. Op die 'gegevens' zal onder omstandigheden een voorschotje moeten worden genomen ter fine van de bepaling van het toepasselijk recht.

Het uitgangspunt van art. 4 is weer de toepasselijkheid van het nationale recht. Ingeval van bi- of polypatridie van de erkenner wordt geen regel gegeven ter bepaling van de doorslaggevende nationaliteit. Indachtig de *favor*-benadering van het artikel komt mijns inziens elk van de nationale rechten voor toepassing in aanmerking, dus niet slechts het rechtsstelsel van de effectieve nationaliteit. In welke volgorde moet men echter de diverse nationale rechten voor toepassing in aanmerking laten komen. Het ligt mijns inziens voor de hand in de eerste plaats het recht van de effectieve nationaliteit toe te passen, indien dit recht erkenning toelaat. Mocht zulks niet zo zijn dan kan een ander nationaal recht dat erkenning toelaat worden toegepast alvorens naar de volgende sport op de aanknopingsladder wordt

66. NIPR 2000, p. 21.

geklommen. Ook een papieren nationaliteit komt in dat verband als aanknopingsfactor in aanmerking, aldus terecht Vonken.⁶⁷

Opmerkelijk is, dat art. 4 lid 4 voor geval van meervoudige nationaliteit van de moeder en het kind wel een regel geeft. Is één van de nationaliteiten de Nederlandse dan wordt Nederlands recht toegepast. Waarom is eenzelfde regel niet gekoppeld aan de aanknopingsladder van lid 1? Het antwoord laat zich raden. In art. 4 lid 4 gaat het om een beschermende bepaling. Nederlands recht heeft dan vanuit Nederlands perspectief een streepje voor. Bij de *favorconstructie* van lid 1 ligt een dergelijk bevoordelen van de toepasselijkheid van Nederlands recht niet in de rede. Art. 4 lid 1 wijst als één der alternatieve aanknopingsfactoren de nationaliteit van het kind aan. Zulks gebeurt niet in art. 1. Waarom is dat het geval, zo wordt gevraagd door de vaste Kamercommissie voor Justitie.⁶⁸ In de toelichting op art. 1 wordt aangegeven, dat aanknopen aan het personele recht van het kind zou kunnen neerkomen op toepassing van een recht waarmee ouders niet of nauwelijks verbonden zijn. Is zulks geen bezwaar bij art. 4? Een verschil zit hem uiteraard in de *favorapproach* van art. 4, dat ingeval van bi- of polypatridie elk van de nationale rechten voor toepassing in aanmerking laat komen, terwijl bij art. 1 dan de knoop tussen de potentieel toepasselijke nationale rechten op andere wijze zou moeten worden doorgehakt. Een ander argument kan nog worden gehanteerd ter verdediging van de benadering van art. 4. Bij art. 1 gaat het om *ex lege* vestigen van familierechtelijke betrekkingen op het moment van geboorte. Boven werd er al op gewezen, dat in dat kader de nationaliteit van het kind een ongelukkige aanknopingsfactor is, omdat deze dikwijls weer afhankelijk is van de afstamming. In het kader van de *favorbepaling* van art. 4 is dat in mindere mate lastig. Zolang het kind juridisch gezien geen vader heeft, kan het van deze ook nog geen nationaliteit afleiden. Wel is natuurlijk het *iure sanguinis a matre* of *iure soli* verwerven van een nationaliteit mogelijk. Die nationaliteit speelt dan een bijrolletje bij de bepaling van het toepasselijk recht op de erkenning. Een nationaliteit van de vader af te leiden is slechts denkbaar, nadat de erkenning, een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap of iets dergelijks zijn beslag heeft gekregen.

De toelichting staat even stil bij de Overeenkomst van München van 5 september 1980 betreffende de vrijwillige erkenning van buiten huwelijk geboren kinderen. Ratificatie van het verdrag wordt van de hand gewezen vanwege het door het verdrag gekozen alternatieve aanknopingsprocédé.⁶⁹

Een bezwaar van een systeem van alternatieve aanknopingsmogelijkheden is voorts, dat het de ambtenaar van de burgerlijke stand verplicht een soms moeilijke keuze te maken en dat achteraf niet zonder meer duidelijk is aan welk recht is aangeknoopt.⁷⁰

67. NIPR 2000, p. 22.

68. Zie Verslag, p. 6

69. MvT, p. 5, 6.

70. Ook de Staatscommissie, a.w., p. 157 en de Permanente Commissie, a.w., p. 32 waren niet enthousiast over het vermelde verdrag.

4.3.5 Artikel 5

Art. 5 regelt welk recht bepaalt, of en op welke wijze een erkenning kan worden teniet gedaan. In het spoor van de distributieve aanknoping met betrekking tot de erkenning in art. 4 wordt ook op de vernietiging of betwisting van de erkenning meer dan één rechtsstelsel toegepast.⁷¹

Wat betreft de bevoegdheid van de man en de voorwaarden voor de erkenning is het toepasselijke recht het ingevolge artikel 4, eerste en tweede lid toegepaste recht, en wat betreft de toestemming van de moeder of het kind, het recht dat ingevolge artikel 4, vierde lid, toepasselijk is.

Het valt op, dat betreffende de bevoegdheid van de man en de voorwaarden van erkenning wordt gesteld “het ... toegepaste recht”, terwijl met betrekking tot de toestemming van de moeder of het kind wordt gesproken over “toepasselijk” recht. Dit valt op, daar het eigenlijk toegepaste recht niet altijd het toepasselijke recht hoeft te zijn. De formulering houdt evenwel kennelijk rekening met de mogelijkheid, dat ten onrechte niet het ingevolge art. 4 lid 4 bedoelde recht bij de totstandkoming van de erkenning is toegepast.⁷² De aantasting van de erkenning op het punt van de instemming van de moeder of het kind wordt dan alsnog getoetst aan de hand van het recht, dat had moeten worden toegepast.⁷³ Deze aanpak past bij het feit, dat art. 4 lid 4 beoogt te beschermen, terwijl art. 4 lid 1 een favoriserend karakter heeft.

In art. 5 wordt dus niet voor een begunstigingsbenadering gekozen, anders dan tot op zekere hoogte in art. 2 met betrekking tot ontkenning van het vaderschap. De toelichting stelt dienovertrent⁷⁴:

Gaat men uit van de wenselijkheid dat erkenningen slechts in zeer beperkte mate vatbaar zijn voor vernietiging of nietigverklaring – zoals in het Nederlands recht het geval is – dan is hier, anders dan bij de ontkenning van het vaderschap, geen enkele aanleiding tot een favoriserende benadering.

Vervolgens treffen we in de toelichting de volgende opmerking aan:

Onder de voorwaarden voor aantasting van de erkenning moeten niet alleen gerekend worden de gronden waarop die aantasting mogelijk is, maar ook de termijnen welke voor een actie daartoe zijn voorgescreven.

Het Nederlandse recht kent voor de actie tot aantasting van een erkenning beperkte gronden en stringente termijnen. Dit doet de vraag rijzen of een buitenlands recht dat beduidend ruimere regels zou kennen, in Nederland kan worden toegepast, of dat de internationale openbare orde hier bepaalde grenzen stelt. Dit spreekt te meer indien bij de erkenning een Nederlands kind betrokken is. Het gaat te ver om op dit punt, indien dat al mogelijk ware, wettelijke regels te stellen. Dat evenwel op dit punt de nationaalrechtelijke opvattingen van invloed kunnen zijn is aannemelijk. De rechter zal in voorkomende gevallen zonnig de grens moeten trekken.

71. Staatscommissie, a.w., p. 156.

72. Vgl. ook de opmerkingen dienaangaande van de Raad van State; zie Advies Raad van State en Nader Rapport, p. 2.

73. Vgl. Permanente Commissie, p. 33.

74. MvT, p. 15.

Niet uitgesloten wordt dus, dat (een onderdeel van) toegepast buitenlands recht uit openbare orde gronden buiten de deur wordt gehouden.⁷⁵

Bij art. 5 moet ook weer – evenals bij art. 2 – de vraag worden opgeworpen, welk recht dient te worden toegepast indien de erkenning heeft plaatsgevonden in het buitenland, zodat ingevolge art. 10 de erkenning in beginsel in Nederland wordt erkend. Het toegepaste recht zal dan juist vaak niet het ex art. 4 toepasselijke recht zijn geweest. Bij art. 2 werd betoogd, dat de term “toepasselijk” in dat artikel dunkt me serieus moet worden genomen, zodat in dat geval het door art. 1 aangewezen recht de actie ex art. 2 beheerst. Bij art. 5 zou ik in deze lijn willen betogen, dat ten aanzien van de bevoegdheid en de vereisten van de erkenning het toegepaste recht bepalend is, ook als dit een ander recht is dan het ex art. 4 lid 1 toepasselijke. Uiteraard is mogelijk, dat moeilijk is na te gaan welk recht of welke rechtsstelsels bij het verrichten van de erkenning door de betrokken vreemde autoriteit feitelijk is of zijn toegepast. Bij gebreke van aanwijzingen tot het tegendeel zal men er dan in de regel van mogen uitgaan, dat de buitenlandse autoriteit het eigen recht zal hebben toegepast.⁷⁶ Met betrekking tot de toestemming van de moeder en het kind is evenwel het door art. 4 lid 4 aangewezen stelsel voor een vernietigingsactie maatgevend.⁷⁷

Uiteraard beseffen men wel, dat voor sommige buitenlandse erkenningen art. 5 helemaal niet hoeft te worden gebruikt om de erkenning te niet te doen. Door de buitenlandse erkenning niet te erkennen in de bijzondere gevallen vermeld in art. 10 lid 2 wordt in beginsel hetzelfde effect bereikt. Aan art. 5 komt men dan helemaal niet meer toe.

4.3.6 Artikel 6

Art. 6 wijst het recht aan, dat bepaalt of en onder welke voorwaarden het vaderschap van een man gerechtelijk kan worden vastgesteld. De aanknopingsladder komt in grote lijnen overeen met die van art. 1. Van toepassing is:

- a. het recht van de staat van de gemeenschappelijke nationaliteit van de man en de moeder ten tijde van de indiening van het verzoek; hebben de man en de vrouw meer dan één gemeenschappelijke nationaliteit, dan worden zij geacht geen gemeenschappelijke nationaliteit te hebben;
- b. of, indien dit ontbreekt, door het recht van de staat van hun gemeenschappelijke gewone verblijfplaats ten tijde van de indiening van het verzoek;
- c. of, indien ook dit ontbreekt, door het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind ten tijde van de indiening van het verzoek.

Is de man ten tijde van de indiening van het verzoek al overleden, dan ziet de verwijzingsladder er een beetje anders uit:

75. Vgl. de Staatscommissie, a.w., die meent, dat zeer lange termijnen wellicht strijd met de Nederlandse openbare orde kunnen opleveren.

76. Zo – letterlijk – de Staatscommissie, a.w., p. 156.

77. Permanente Commissie, a.w., p. 33.

- a. het recht van de staat van de gemeenschappelijke nationaliteit op het tijdstip van zijn overlijden; hebben de man en de vrouw meer dan één gemeenschappelijke nationaliteit, dan worden zij geacht geen gemeenschappelijke nationaliteit te hebben;
- b. of, indien dit ontbreekt, het recht van de staat van de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats van de man en de moeder ten tijde van het overlijden;
- c. of, indien ook dat ontbreekt, het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind op het tijdstip van de indiening van het verzoek.

De beschreven ladders vertonen grote gelijkenissen met die van in art. 1. Dat is eigenaardig, daar in de gevallen van art. 6 van een bloeiend gezinsleven nauwelijks sprake zal zijn (gewest). Vonken⁷⁸ juicht toe, dat in art. 6 met betrekking tot de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap geen *favor*-benadering is gekozen en kan zich kennelijk in beginsel vinden in de voorgestelde oplossing. Ik neig naar een geheel ander standpunt.

Indien een man buiten huwelijk een kind heeft verwekt, zullen moeder en kind soms geen familierechtelijke betrekkingen met de man wensen, doch slechts alimentatie. Zij hebben daartoe in IPR-perspectief goede mogelijkheden gezien het Haags verdrag inzake de wet die van toepassing is op onderhoudsverplichtingen van 2 oktober 1973⁷⁹ dat in de art. 4-6 een *favor*-benadering volgt. Art. 4 wijst de interne wet van de gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde als toepasselijk aan. Indien op grond van die wet geen recht op onderhoud bestaat, biedt art. 5 een eerste conflictrechtelijke herkansing aan door subsidiair te verwijzen naar de gemeenschappelijke nationale wet van debiteur en crediteur. Mocht ook dat recht geen soelaas bieden, dan wordt een tweede herkansing onder toepassing van de *lex fori* geboden door art. 6.

Indien moeder of kind niet slechts een '*Zahlvater*' wenst, maar een echte vader met wie familierechtelijke betrekkingen ontstaan, zou de verwijzingsregel plotsklaps anders zijn, namelijk die van art. 6 van het wetsvoorstel zonder begunstigende elementen. Ik vermag niet in te zien waarom zulke verschillende conflictregels zouden moeten worden gehanteerd al naar gelang alimentatie van de verwekker wordt gevorderd, of de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Mijns inziens is het absoluut niet zinvol voor de gerechtelijke vaststelling vaderschap conflictregels te hanteren, die in grote lijnen overeenkomen met de conflictregels van art. 1 van het ontwerp. De situaties waarvoor de onderscheiden artikelen, 1 respectievelijk 6, zijn geschreven verschillen aanmerkelijk. Het is daarbij niet slechts zo, dat in de casus van art. 1 de ouders in vele gevallen samenleven en in de casus van art. 6 in de regel niet. Men beseffe verder, dat het bij de vermelde artikelen om geheel andere problemen gaat. Waar het bij art. 1 gaat om een verondersteld vaderschap, waar betrokkenen via art. 2 wegens biologische onwaarheid weer van af

78. NIPR 2000, p. 22; anders nog Vonken, WPNR 1993, p. 707, waar aanknoping aan de nationale wet van de verwekker wordt bepleit. Vgl. het Verslag van de Vaste Commissie van Justitie, p. 7, waar ook de vraag wordt gesteld, waarom niet primair bij de nationale wet van de man wordt aangeknoopt.

79. Trb. 1974, 86.

kunnen, gaat het bij art. 6 om het al dan niet juridisch sanctioneren van de biologische vaderlijke afstamming op verzoek van moeder of kind. Naar mijn mening ligt daarbij een *favor*-benadering ook voor een actie strekkende tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap voor de hand, mits overigens het verzoek wordt ingesteld door moeder of kind en niet door een derde (bijvoorbeeld een overheidsinstantie als een Raad voor de Kinderbescherming).

De vraag moet onder ogen worden gezien, of niet sommige betrokkenen onder omstandigheden moeten worden beschermd tegen de inhoud van voor hen onaangenaam vreemd recht. Een bescherming van moeder en kind is in de context van art. 6 niet nodig. Zij kunnen zichzelf beschermen tegen een ongewenste juridische vader door geen actie tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de juridische vader in te stellen. Moet wellicht echter de biologische vader onder omstandigheden worden beschermd? Ik zie niet in waarom een man tegen wie een actie tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is ingesteld, zich achter een verrassend recht, dat bijvoorbeeld onderzoek naar het vaderschap verbiedt, zou moeten kunnen verschuilen. Momenteel zie ik slechts één wenselijke uitzondering: de anonieme zaaddonor. Gezien het feit, dat het Nederlandse recht geen vaderschapsactie tegen een anonieme donor toelaat, komt het me voor dat deze donors moeten worden beschermd tegen een eventuele actie tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap onder toepassing van vreemd recht.

Twee detailopmerkingen zijn op zijn plaats. De formulering van lid 2 houdt ten onrechte geen rekening met de mogelijkheid, dat de moeder van het kind reeds is overleden ten tijde van het instellen van de actie tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Overigens heeft lid 2 een ingewikkelde formulering. De woorden "bij gebreke van een gemeenschappelijke nationaliteit op het tijdstip van zijn overlijden" impliceert kennelijk dat een dergelijke gemeenschappelijke nationaliteit de eerste aanknopingspunt is.

4.3.7 Artikel 7

In het Nederlandse recht is per 1 april 1998 de wettinging weliswaar afgeschaft, maar soms moet een buitenlandse wettinging wel door Nederland worden erkend. Op het moment van het schrijven van dit preadvies levert een dergelijke erkenning van de wettinging zelfs nog automatisch het Nederlanderschap op (zie art. 4 RwNed). Dat verandert in beginsel als wetsontwerp 25 891 (R 1609) wordt aangenomen en in werking treedt. Maar dan kan ex art. 6 (nieuw) RwNed nog wel een optierecht op grond van de wettinging na driejarige verzorging en opvoeding worden verworven. Art. 7 geeft aan welk recht van toepassing is op de vraag, of door wettinging familierechtelijke betrekkingen kunnen worden gevestigd. Die wettinging kan al naar gelang de in het buitenland recht gehanteerde constructies geschieden door het huwelijk van (een van) de ouders⁸⁰, dan wel door een nadien genomen beslissing

80. Inclusief wettinging via een antedatering van het huwelijk tussen de ouders. Zie Permanente Commissie, a.w., p. 35. Vgl. de mogelijkheid van een 'reconnaissance matrimoniale' die in sommige islamitische landen voorkomt. Daarover uitvoerig Leila Jordens-Cotran, 'Het Marokkaanse familierecht en de Nederlandse rechtspraak', *Forum*, Utrecht 2000, p. 86-94, alsmede 137-147.

van een rechterlijke of andere bevoegde autoriteit (bijvoorbeeld toekennen van brieven van wettiging, zoals tot 1 april 1998 mogelijk was ingevolge art. 214 en 215 (oud) BW). De verwijzigingsregel is opnieuw complex:

- a. het toepasselijke recht wordt bepaald door de op 10 december 1970 te Rome tot stand gekomen Overeenkomst inzake wettiging door huwelijk (Trb. 1972, 62), d.w.z. het nationale recht van de vader of moeder ten tijde van het huwelijk van de ouders, dan wel, bij de totstandkoming van de wettiging door de beslissing van een rechterlijke of andere bevoegde autoriteit, het tijdstip van de indiening van het verzoek of de vordering.
- b. indien de sub a vermelde Overeenkomst niet leidt tot de wettiging, kunnen familierechtelijke betrekkingen door wettiging worden gevestigd volgens het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind ten tijde van van het huwelijk van de ouders, dan wel, bij de totstandkoming van de familierechtelijke betrekkingen door de beslissing van een rechterlijke of andere bevoegde autoriteit, ten tijde van de indiening van het verzoek of de vordering.

Wettiging is evenwel niet mogelijk – aldus volgt uit lid 3 – indien (tenminste) één van de ouders ten tijde van de huwelijksluiting de Nederlandse nationaliteit bezit en het huwelijk niet geldig is voltrokken in overeenstemming met het bepaalde in de art. 4 en 5 van de Wet conflictenrecht huwelijk. Deze exceptie correspondeert met een voorbehoud, dat Nederland heeft gemaakt bij de ratificatie van het Verdrag van 1970. De toelichting onderstreept zulks:⁸¹

Deze regels zijn toepasselijk zelfs in de verhouding tot niet-verdragsstaten. De regeling is te beschouwen als een bodemvoorziening en in de nationale wetgeving van de verdragsstaten kunnen regels worden gegeven die de wettiging nog meer begunstigen. Voor het Koninkrijk is bij deze overeenkomst het voorbehoud gemaakt dat een wettiging niet zal worden erkend indien een van de betrokken echtelieden de Nederlandse nationaliteit heeft en het huwelijk binnen het Koninkrijk niet ten overstaan van een ambtenaar van de burgerlijke stand is voltrokken of in een ander land niet geldig is voltrokken volgens het recht van dat land. (...)

In het derde lid worden de door het Koninkrijk ten aanzien van de overeenkomst van Rome gemaakte voorbehouden vermeld. Aangezien inmiddels de Wet conflictenrecht huwelijk kracht van wet heeft verkregen en in werking is getreden, kan voor wat betreft de regels voor de geldigheid van het huwelijk naar die wet worden verwezen. Deze regel brengt mee dat onder omstandigheden onder wettiging in de zin van artikel 7 ook is begrepen het geval dat volgens een buitenlands recht door een zgn. akte van huwelijksbevestiging, die een antedatering van het huwelijk met het oog op de rechtspositie van het voordien geboren kind tot gevolg heeft, wordt bereikt dat het kind als wettig moet worden beschouwd. In de Nederlandse rechtspraak zijn dergelijke gevallen reeds op deze wijze behandeld.

In het vierde lid is als toetsingsmoment aangewezen het tijdstip van het huwelijk van de ouders, dan wel, in geval van vaststelling van de wettiging door een rechterlijke of andere bevoegde autoriteit, het tijdstip van de indiening van het verzoek of de vordering. De overeenkomst van 1970 geeft geen uitsluitel over de vraag welk tijdstip bepalend is ingeval de totstandkoming van familierechtelijke betrekkingen is vastgesteld bij een beslissing. Gevolgd is het advies van de Staatscommissie en niet dat van de Permanente Commissie, waarin is voorgesteld het tijdstip van de beslissing als toetsingsmoment aan te wijzen. In het algemeen wordt de opvatting gehuldigd dat het op een verzoek of een vordering toe-

81. MvT, p. 16, 17.

passelijke recht wordt bepaald aan de hand van de omstandigheden op het tijdstip van indiening. Het komt mij redelijk voor ook in het geval van een procedure tot vaststelling van familierechtelijke betrekkingen door wettiging hiervan uit te gaan.

Art. 7 kiest dus met betrekking tot de wettiging weer voor een *favor*-benadering. Wettiging wordt – net als erkenning – geacht in het belang van het kind te zijn. Om zo mogelijk tot een geldige wettiging te concluderen worden de nationale wet van de vader, de nationale wet van de moeder en het recht van het land van de gewone verblijfplaats van het kind alternatief van toepassing verklaard.

Van belang is de vraag, welke rechtsgevolgen een conform art. 7 in Nederland te erkennen wettiging naar Nederlands recht precies heeft. Nu Nederland het desbetreffende rechtsinstituut heeft afgeschaft, is steeds aanpassing nodig ten einde het te erkennen instituut in het Nederlandse recht in te bedden. Hierna worden daaraan nog enkele overwegingen gewijd in verband met nationaliteitsrechtelijke rechtsgevolgen.

4.3.8 Artikel 8

De art. 1-7 betreffen telkens het recht, dat van toepassing is op de vestiging dan wel het teniet doen van familierechtelijke betrekkingen. Art. 8 regelt vervolgens welk recht van toepassing is op de gevolgen van de familierechtelijke betrekkingen tussen ouders en kind. Onverminderd hetgeen ten aanzien van bijzondere onderwerpen is bepaald (bijvoorbeeld ten aanzien van alimentatie, gezag en de naam) worden de gevolgen voor kinderen die in familierechtelijke relaties tot beide ouders staan, geregeerd door:

- a. het recht van de staat van de gemeenschappelijke nationaliteit van de ouders; hebben de vrouw en de man meer dan één gemeenschappelijke nationaliteit, dan worden zij geacht geen gemeenschappelijke nationaliteit te hebben;
- b. of, indien dit ontbreekt, door het recht van de staat van hun gemeenschappelijke gewone verblijfplaats;
- c. of, indien ook dit ontbreekt, door het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind.

Bestaan alleen familierechtelijke betrekkingen tussen de moeder en haar kind, dan worden de gevolgen van deze familierechtelijke betrekkingen bepaald door

- a. het recht van de staat van de gemeenschappelijke nationaliteit van de moeder en het kind;
- b. bij gebreke van een gemeenschappelijke nationaliteit worden zij bepaald door het recht van de gewone verblijfplaats van het kind.

De bepaling van art. 8 is van belang voor alle onderwerpen, waarvoor geen bijzondere verwijzingsregels gelden, d.w.z. voor het ouderlijk vruchtgenot, recht op naamgeving, (uiteindelijke) beslissingsbevoegdheid met betrekking tot opvoeding en opleiding van het kind, rechten van het kind ten opzichte van zijn ouders, als-

mede de door het kind ten opzichte van zijn ouders verschuldigde gehoorzaamheid.⁸²

De vraag moet worden opgeworpen, waarom de inhoud van de familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming niet gewoon wordt bepaald door het recht dat van toepassing is op de vestiging van die betrekkingen? De toelichting⁸³ stelt daarover:

Een voor de hand liggende opvatting zou zijn, dat zo'n onderscheid in beginsel niet moet worden gemaakt. Het behoeft immers uitleg dat voorwaarden en gevolgen van éénzelfde familierechtelijke handeling (erkenning, wettiging, gerechtelijke vaststelling van het vaderschap) door verschillende rechtsstelsels zouden worden beheerst. Bij nadere beschouwing blijkt die opvatting niet goed houdbaar te zijn, en wel om de volgende redenen.

De Staatscommissie ziet als bezwaar tegen een regel dat voorwaarden en gevolgen door hetzelfde recht worden beheerst, dat dit recht niet hetzelfde behoeft te zijn voor beide ouders, bijvoorbeeld bij een buiten huwelijk geboren kind het nationale recht van de moeder wat betreft de tussen haar en het kind bestaande betrekkingen en, indien het kind door een man is erkend, het nationale recht van die man in de relatie tot de man. Indien de moeder en erkenner ongehuwd blijven samenleven met het kind in een gezinsverband, is het denkbaar dat bijvoorbeeld met betrekking tot het ouderlijk vruchtgenot twee met elkaar conflicterende regelingen toepasselijk zijn. De Staatscommissie is voorts van mening dat het onjuist zou zijn dat het tijdstip van de geboorte of de erkenning (wettiging) blijvend van invloed zou zijn op de inhoud van de betrekkingen.⁸⁴

De laatst geciteerde zin toont aandacht voor gevallen van *Statutenwechsel*, waarin de naar Nederlands IPR-relevante aanknopingsfactoren veranderen. Voorts is natuurlijk denkbaar dat de familierechtelijke betrekkingen zijn vastgesteld in het buitenland onder toepassing van een ander recht dan het recht, dat volgens de art. 1-7 van toepassing is. Ook in dergelijke *conflict mobile*-gevallen is er behoefte aan regels, die aangeven, welk recht de inhoud van de familierechtelijke betrekkingen bepaalt.

Een interessante vraag is in dit verband, of het al dan niet hebben van terugwerkende kracht van de vestiging van familierechtelijke betrekkingen wordt geregeerd door het aan de hand van de regels van art. 8 aangewezen recht? Valt terugwerkende kracht onder "de gevolgen van de familierechtelijke betrekkingen tussen ouders en kind"? Het wil me voorkomen van niet. Het ligt meer voor de hand om het al dan niet terugwerkend effect van de vaststelling, respectievelijk tenietdoen van een familierechtelijke betrekking te laten bepalen door het ingevolge art. 1-7 toepasselijke recht. Het gaat er immers om op welk ogenblik – achteraf bekeken – familierechtelijke betrekkingen zijn gevestigd en niet om de inhoud van die betrekkingen zelf. Ook als de familierechtelijke relatie in het buitenland is vastgesteld onder toepassing van een ander recht dan zou zijn toegepast aan de hand van de art. 1-7, bepaalt mijns inziens het feitelijk toegepaste recht de terugwerkende kracht. Hoe verhoudt zich deze vaststelling ten opzichte van de mogelijkheid om de in het buitenland vastgestelde familierechtelijke betrekking niet te erkennen in de gevallen vermeld in art. 9 lid 1-3, dan wel art. 10 lid 2? Het komt me voor dat zo'n buiten-

82. Staatscommissie, a.w., p. 136.

83. MvT, p. 17, 18.

84. Staatscommissie, a.w., p. 136.

lands feit hetzij erkend moet worden, of die ontkenning moet worden geweigerd. Het is niet aanvaardbaar, dat weliswaar wordt erkend, maar een eventuele terugwerkende kracht wordt geëcarteerd.

Op het eerste gezicht lijkt het opwerpen van de kwestie van de terugwerkende kracht nogal schrijftafelachtig te zijn. Voor het al dan niet verwerven van de Nederlandse nationaliteit ingeval van erkenning, wettiging en gerechtelijke vaststelling van het vaderschap kan het antwoord op de gestelde vraag echter van doorslaggevend belang zijn. Hierna zal aan dat punt nog extra aandacht worden besteed. Overigens zij er aan herinnerd, dat naar huidig Nederlands recht de erkenning geen terugwerkende kracht heeft, de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap daarentegen wel terugwerkt tot het moment van de geboorte van het betrokken kind (art. 1:207 lid 5 BW).

Vonken⁸⁵ is sceptisch over art. 8. Enerzijds betwijfelt hij, of er behoefte bestaat aan zo'n algemene bepaling als thans wordt voorgesteld. Hij verschilt daarin van mening met de Staatscommissie,⁸⁶ die juist het opnemen van een dergelijke bepaling bepleitte. Anderzijds meent Vonken, dat indien men de onderhavige problematiek internationaal privaatrechtelijk wil regelen het wenselijk is al naar gelang de diverse sub-onderwerpen verschillende verwijzingsregels te construeren. Ik meen met de Staatscommissie, dat de voorgestelde opvangregeling nuttig is en voor de rechtstoepasser praktisch. Ik zie momenteel ook geen dringende noodzaak om voor één der onderwerpen, waarvoor art. 8 van belang is, een sterk afwijkende conflictregel te bepleiten. Het formuleren van genuanceerde verwijzingsregels voor de diverse sub-onderwerpen kost tijd en energie. Het aantal gevallen waarin problemen zullen moeten worden beslecht ten aanzien van deze onderwerpen zal relatief gering zijn. Het door art. 8 gespannen opvangnet zal in de regel voldoende zijn.

4.3.9 Artikel 9

De art. 9 en 10 geven regels betreffende de erkenning van in het buitenland tot stand gekomen rechterlijke beslissingen, rechtsfeiten en rechtshandelingen waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming zijn vastgesteld of gewijzigd. Beide artikelen manifesteren het fait accompli-uitgangspunt, zoals ook reeds voorkomt in art. 5a Wet conflictenrecht namen. Binnen de Europese Unie, maar ook daarbuiten is deze benadering zeer wenselijk. Wel is telkens de vraag, in hoeverre een buitenlands fait accompli, dat in beginsel wordt erkend, ongedaan gemaakt kan worden? In de Wet conflictenrecht namen is de mogelijkheid geschapen om onder bepaalde voorwaarden corrigerende verklaringen af te leggen.⁸⁷ In het internationale afstammingsrecht gaat dat iets minder eenvoudig. Het is onder omstandigheden evenwel mogelijk om een erkende in het buitenland tot stand gekomen familierechtelijke betrekking ongedaan te maken door ontkenning van

85. NIPR 2000, p. 23; zie ook reeds Vonken, WPNR 1993, p. 707.

86. A.w., p. 136.

87. Waarbij ik overigens aantekenen, dat de mogelijkheden die de Wet conflictenrecht namen biedt ter correctie van in het buitenland genomen beslissingen ten aanzien van de naam mijns inziens nog te krap zijn.

het vaderschap of vernietiging van een erkenning (zie art. 2 en 5). Boven werd daaraan reeds aandacht besteed.

Met betrekking tot buitenlandse rechterlijke beslissingen waarin familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming zijn vastgesteld of gewijzigd, bepaalt art. 9, dat deze – mits onherroepelijk geworden – van rechtswege worden erkend, tenzij

- a. er voor de rechtsmacht van de rechter kennelijk onvoldoende aanknopingsbestond met de rechtssfeer van zijn land;
- b. aan die beslissing kennelijk geen behoorlijk onderzoek of behoorlijke rechtspleging is voorafgegaan, of
- c. de erkenning van die beslissing kennelijk in strijd met de openbare orde zou zijn; de erkenning van de beslissing kan echter, ook wanneer daarbij een Nederlander betrokken is, niet wegens strijd met de openbare orde worden geweigerd op de enkele grond dat daarop een ander recht is toegepast dan uit de bepalingen van deze wet zou zijn gevolgd;
- d. de buitenlandse rechterlijke beslissing onverenigbaar is met een onherroepelijk geworden beslissing van de Nederlandse rechter inzake de vaststelling of wijziging van dezelfde familierechtelijke betrekkingen (art. 9 lid 3);
- e. de buitenlandse rechterlijke beslissing in strijd zou zijn met de op 10 december 1970 te Rome tot stand gekomen Overeenkomst inzake wetgeving door huwelijk (Trb. 1972, 62).

De voorgestelde regeling volgt in grote lijnen het advies van de Staatscommissie.⁸⁸ De toelichting onderstreept, dat voor de erkenning dus niet wordt nagegaan of het met toepassing van buitenlands internationaal privaatrecht bereikte resultaat gelijk is aan het resultaat dat met toepassing van de Nederlandse conflictenregels zou zijn bereikt. Daarover lezen we:⁸⁹

Naar mijn mening zijn er geen principiële redenen om een dergelijke toetsing over de gehele linie uit te voeren. Het gevolg van deze keuze is dat de in de hoofdstukken 1 tot en met 3 opgenomen conflictenregels uitsluitend van toepassing zijn op feiten, handelingen en beslissingen die in Nederland tot stand komen. Daarop vormt de in hoofdstuk 3 behandelde wetgeving een uitzondering, omdat de overeenkomst van de ICBS van 10 september 1970 over dat onderwerp mede voorziet in de erkenning in Nederland van buitenslands tot stand gekomen wetgevingen.

In dit kader zijn ook enkele opmerkingen verderop in de toelichting interessant:⁹⁰

Dat een ander recht is toegepast dan het recht dat volgens het Nederlandse internationaal privaatrecht toepasselijk zou zijn, kan op zichzelf geen weigering van de erkenning van het feit op grond van strijd met de openbare orde rechtvaardigen. Zeker niet wanneer het volgens het Nederlandse conflictenrecht aangewezen recht tot hetzelfde resultaat zou hebben geleid, maar ook wanneer het resultaat anders zou uitvallen. Het gaat naar mijn mening te ver om de Nederlandse verwijzingsregels zonder meer als van positieve openbare orde aan te merken en aldus het Nederlandse conflictenrecht als het ware te 'exporteren' naar het buitenland.

88. A.w., p. 144.

89. MvT, p. 7.

90. MvT, p. 21.

Indien een Nederlandse ambtenaar van de burgerlijke stand de buitenlandse rechterlijke beslissing om de een of andere reden weigert te erkennen, kan daartegen via art. 1:27 BW binnen zes weken na de weigering beroep bij de rechter worden ingesteld.

De in art. 9 geformuleerde erkenningsregel beperkt zich tot positieve rechterlijke beslissingen, d.w.z. beslissingen waarbij familierechtelijke betrekkingen zijn vastgesteld of gewijzigd. De aanhef van art. 9 brengt dit duidelijk tot uiting. De beoordeling van de rechtskracht van negatieve buitenlandse beslissingen moet aan de rechter worden overgelaten.⁹¹

4.3.10 Artikel 10

Niet slechts buitenlandse rechterlijke beslissingen worden in beginsel zonder conflictrechtelijke hertoetsing erkend, hetzelfde gaat ook op voor buitenlandse rechtsfeiten en rechtshandelingen, waarbij familierechtelijke betrekkingen zijn vastgesteld of gewijzigd, mits deze door bevoegde autoriteiten zijn neergelegd in een overeenkomstig de plaatselijke voorschriften opgemaakte akte. Ook dan gelden echter de wijzigingsgronden van art. 9 lid 1 sub b en c, alsmede de leden 2 en 3. Naar het bepaalde in art. 9 lid 1 sub a (onvoldoende grond voor rechtsmacht) wordt niet verwezen. De desbetreffende eis wordt voor buitenlandse aktes geformuleerd door in art. 10 te spreken van een door "bevoegde autoriteiten" opgemaakte akte. Anders dan bij art. 9 is er bij art. 10 geen directe *escape*-mogelijkheid indien de naar vreemd recht bestaande bevoegdheid (bij art. 9: rechtsmacht) wel erg extravagant is. In extreme gevallen zal in het kader van de toepassing van art. 10 dan de openbare orde als afweermiddel moeten worden gehanteerd. Verder valt op, dat niet verwezen wordt naar art. 9 lid 4. De tekst van dat lid wordt echter herhaald in art. 10 lid 3, zodat ook ten aanzien van die bepaling parallelle bestaats. Een belangrijk verschil tussen beide artikelen is evenwel, dat in art. 10 lid 2 anders dan in art. 9 de openbare orde exceptie door middel van enkele categorale voorbeelden nader wordt ingekleurd.

Toegespitst op de erkenning van in akten neergelegde rechtsfeiten en rechtshandelingen geldt derhalve, dat deze worden erkend, tenzij:

1. geen sprake is geweest van een behoorlijk onderzoek voorafgaande aan het opmaken van de akte⁹², of
2. de erkenning van die akte kennelijk in strijd met de openbare orde zou zijn; de erkenning van de beslissing kan echter, ook wanneer daarbij een Nederlander betrokken is, niet wegens strijd met de openbare orde worden geweigerd op de enkele grond dat daarop een ander recht is toegepast dan uit de bepalingen van deze wet zou zijn gevolgd; wel is volgens art. 10 lid 2 in elk geval sprake van strijd met de openbare orde in de volgende gevallen:
 - a. indien de erkenning is verricht door een Nederlander die naar Nederlands recht niet bevoegd zou zijn het kind te erkennen;

91. Aldus de MvT, 20 in navolging van het advies van de Staatscommissie, a.w., p. 142.

92. Vgl. de Staatscommissie, a.w., p. 140: "De notaris of openbaar ambtenaar die een erkenningsverklaring opmaakt zal in elk geval enigerlei toetsing aan het toepasselijke recht verrichten".

- b. indien, wat de toestemming van de moeder of het kind betreft, niet is voldaan aan de vereisten van het recht dat ingevolge artikel 4, vierde lid, toepasselijk is, of
 - c. indien de akte kennelijk op een schijnhandeling betrekking heeft;
3. de buitenlandse akte onverenigbaar is met een onherroepelijk geworden beslissing van de Nederlandse rechter inzake de vaststelling of wijziging van dezelfde familierechtelijke betrekkingen (art. 9 lid 3);
4. de buitenlandse akte in strijd zou zijn met de op 10 december 1970 te Rome tot stand gekomen Overeenkomst inzake wetgeving door huwelijk (Trb. 1972, 62).

Over de inkleuring van de openbare orde exceptie in art. 10 lid 2 lezen we in de toelichting nog twee voorbeelden op p. 21:

Het betreft in de eerste plaats het geval waarin een gehuwde Nederlandse man in het buitenland een kind heeft erkend terwijl hij daartoe naar de maatstaven van het Nederlandse recht niet bevoegd was. Beoogd wordt hiermee misbruik van de erkenning ter omzeiling van de adoptiewetgeving te voorkomen. Zie artikel 10, tweede lid, onder a.

Voor het overige zal van geval tot geval moeten worden gezien of de Nederlandse openbare orde zich verzet tegen de erkenning van een buitenslands tot stand gekomen rechtsfeit betreffende de afstamming.

Strijd met de openbare orde zal aanwezig zijn wanneer een erkenning in het buitenland is verricht met het uitsluitende oogmerk het kind het Nederlanderschap te doen verkrijgen, en hem aldus van een verblijfsrecht in Nederland te verzekeren.

Interessant is de kwestie, hoe art. 10 zich precies verhoudt ten opzichte van art. 2 en 5. Boven werd deze vraag al opgeworpen en getracht een antwoord te geven.

De vraag moet worden gesteld, in welke vorm de inhoud van een buitenlandse rechterlijke beslissing, rechtshandeling of rechtsfeit, die een familierechtelijke betrekking vestigt, precies moet worden erkend? We dienen immers te beseffen, dat de buitenlandse rechtsfiguren niet steeds precies met Nederlandse rechtsinstituten zullen corresponderen. De zo-even opgeworpen vraag is met name relevant, daar de rechtsgevolgen van een erkenning en een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap naar Nederlands recht uiteenlopen, in het bijzonder wat de nationaliteitsrechtelijke gevolgen betreft. Kan een buitenlandse wetgeving door middel van brieven van wetgeving, die zijn verleend omdat de biologische vader voordat hij met de moeder kon huwen, is overleden, worden erkend als gerechtelijke vaststelling van het vaderschap? Art. 10 geeft hierop geen antwoord. Ik zou echter menen van wel, daar in Nederland dergelijke brieven van wetgeving zijn vervangen door het instituut van het postuum gerechtelijk vaststellen van het vaderschap. Is het vervolgens ook denkbaar, dat een buitenlandse erkenning onder toepassing van een recht, dat erkenning slechts toelaat ingeval biologische waarheid, in Nederland wordt erkend als gerechtelijke vaststelling van het vaderschap? Zelfs dat lijkt me verdedigbaar, mits het biologische vaderschap voldoende vaststaat.⁹³

93. Ook kan onder omstandigheden een buitenlandse adoptie worden erkend als erkenning. Zie over dat qualificatieprobleem Carola S. Poortman, 'Verwerving van het Nederlanderschap door adoptie in de Bahama's?', in: *Aan de grenzen van het Nederlanderschap* (feestbundel F.Th. Zilverentant), 's Gravenhage 1998, p. 165-173, alsmede A.V.M. Struycken, 'Erkenning in de vorm van adoptie, een qualificatievraagstuk', *Personeel Statuut* 1973, p. 49-53.

Vonken bekritiseert de uiteenlopende behandeling van erkenning van buitenlandse rechterlijke beslissingen enerzijds en buitenlandse aktes anderzijds. Hij wijst er op, dat het juist in het afstammingsrecht rechtsvergelijkend nogal willekeurig is, of een rechtsstelsel voor bepaalde beslissingen de rechter inschakelt of een verklaring bij een openbaar ambtenaar voldoende acht. Bovendien werpt hij de vraag op, of het realistisch is minder vertrouwen te stellen in een buitenlandse ambtenaar van de burgerlijke stand of notaris dan in een rechter? Beide opmerkingen worden in beginsel terecht gemaakt. Het is echter de vraag of de verschillen tussen art. 9 en 10 zo gigantisch zijn. Het gaat uitsluitend om een – waarschijnlijk niet bedoeld – verschilletje met betrekking tot extravagante bevoegdheid van de buitenlandse instantie en het inkleuren van de openbare orde-clausule. Op het eerste punt lijkt art. 10 een heel klein beetje royaler dan art. 9; op het tweede punt is art. 10 iets zuiniger. Het laatste heeft echter met name te maken met erkenning-achtige rechtsfiguren, waar de rechter in de regel niet bij betrokken is. Ik vind het niet onbegrijpelijk dat lijnen die ten aanzien van de erkenning werden uitgezet in art. 4, worden doorgetrokken bij de (niet-)erkenning van buitenlandse erkenningen. Met wantrouwen jegens buitenlandse ambtenaren van de burgerlijke stand en notarissen heeft dit – dunkt me – niet direct te maken.

Art. 11 betreft het intertemporele recht. De regels van de voorgestelde Wet conflictenrecht afstamming zijn van toepassing op rechtsbetrekkingen die na haar inwerkingtreding worden vastgesteld of gewijzigd alsmede op de erkenning van na haar inwerkingtreding buitenslands vastgestelde of gewijzigde rechtsbetrekkingen. Wanneer de wet nadat het Staatsblad is bereikt, in werking zal treden, zal nader bij Koninklijk Besluit worden vastgesteld. In de toelichting⁹⁴ lezen we:

Zoals uit de toelichting op een aantal artikelen blijkt, sluit de voorgestelde regeling van het conflictenrecht voor een belangrijk deel aan bij de tot dusver gehanteerde ongeschreven normen.

Zij wijkt daarvan echter op een aantal punten af, zodat het de voorkeur verdient haar uitsluitend van toepassing te verklaren op rechtsbetrekkingen die na haar inwerkingtreding worden vastgesteld of gewijzigd alsmede op de erkenning van na haar inwerkingtreding buitenslands tot stand gekomen rechtsbetrekkingen.

Dat klinkt op het eerste gehoor overtuigend. Men beseffe evenwel, dat de in het wetsvoorstel geformuleerde regels dus in beginsel weliswaar voor de toekomst zullen gelden, maar niettemin ook enorme relevantie zullen hebben voor het verleden gezien de vaagheid van de thans geldende normen. Daardoor zal er zeer zeker sprake zijn van enige retroactiviteit van de nieuwe normen. De vraag is dan echter, welke normen nu echt zo nieuw zijn, dat ze niet op oude gevallen kunnen worden toegepast? Door deze vraag niet te beantwoorden kiest het ontwerp de weg van de minste weerstand. Dat is teleurstellend voor de rechtstoepasser, die in de toekomst er niet om heen zal kunnen om wel per regel na te gaan, of al dan niet sprake is van een ex nunc werkende bepaling of eigenlijk toch van een codificatie van een reeds geldende regel. Men beseffe in dit verband bovendien, dat naarmate de

94. MvT, p. 22.

behandeling van het wetsvoorstel langer duurt, de voorgestelde regels bij wijze van anticipatie het huidige recht zullen beïnvloeden. De grenzen tussen heden, verleden en (voorgestelde) toekomst vervagen daardoor.

Het zou daarom goed zijn duidelijk in kaart te brengen op welke punten sprake is van zo sterke afwijkingen van het geldende recht, dat het wenselijk is dat de nieuwe regels slechts op nieuwe gevallen kunnen worden toegepast. Met andere woorden: het zou de rechtstoepasser ontlasten, indien duidelijk wordt aangegeven waar sprake is van 'juridische revolutie'⁹⁵ en waar slechts van "juridische evolutie". Indien geconstateerd wordt, dat op bepaalde punten sterke wijzigingen optreden, is het voorts gepast om overgangsregelingen op maat te maken.

4.4 Een nationaliteitsrechtelijke excursie

De belangrijkste grondslag van de verwerving van de Nederlandse nationaliteit is het *ius sanguinis*. Het Nederlanderschap wordt dan verworven vanwege de afstamming van een persoon die het Nederlanderschap bezit. De uiterst nauwe band van het afstammingsrecht en het Nederlandse nationaliteitsrecht is daarmee een notoir gegeven. Niet slechts een afstammingsrelatie met een Nederlander, die met toepassing van Nederlands recht is of kan worden vastgesteld bewerkstelligt verwerving van de Nederlandse nationaliteit *iure sanguinis*. Als naar Nederlands Internationaal Privaatrecht de vraag of al dan niet afstammingsbetrekkingen zijn ontstaan tussen een Nederlander en een kind moet worden beantwoord naar buitenlands recht, dan bewerkstelligt een dergelijke afstammingsband de verwerving van het Nederlanderschap, mits overigens is voldaan aan de condities die in de relevante artikelen van de Rijkswet op het Nederlanderschap staan. Als het wetsontwerp conflictenrecht afstamming van kracht is geworden, gaat het Nederlandse recht zelfs nog een stapje verder. Het Nederlanderschap kan dan niet slechts worden verworven door een afstammingsrelatie, die volgens Nederlands IPR door buitenlands recht wordt beheerst, maar ook als die afstammingsrelatie in het buitenland is vastgesteld met toepassing van ander recht dan volgens ons IPR toepasselijk was, maar de desbetreffende vaststelling in Nederland dient te worden erkend op grond van art. 9 of 10. Buitenlandse voldongen feiten kunnen dan derhalve het Nederlanderschap opleveren.⁹⁶

Naar huidig Nederlands recht wordt het Nederlanderschap volgens de *RwNed* door middel van "afstamming" verworven ex art. 3-5 *RwNed*. Op grond van art. 3 lid 1 *RwNed* is een kind dat hetzij uit een Nederlandse moeder hetzij als kind van een Nederlandse vader wordt geboren, Nederlander. Dit is ongetwijfeld de meest voorkomende wijze van verkrijging van de Nederlandse nationaliteit. Hierbij is belangrijk, dat de ouder aan wie de Nederlandse nationaliteit wordt ontleend op

95. Vonken, NIPR 2000, p. 16

96. Vgl. de interessante casus besproken door D. van Iterson, 'De verkrijging van het Nederlanderschap door erkenning. Een Brits-Nederlands geval met Spaanse complicaties', in: *Aan de grenzen van het Nederlanderschap* (feestbundel F.Th. Zilverentant), 's-Gravenhage 1998, p. 105-112. Het is overigens verdedigbaar, dat ook naar huidig recht het Nederlanderschap via een buitenlands *fait accompli* kan worden verworven.

het moment van de geboorte van het kind Nederlander is, ofwel voordien als Nederlander is overleden. De begrippen moeder en vader zijn apart omschreven in art. 1 sub c en d RwNed. Wat betreft de vader geldt de juridische afstamming, met betrekking tot de moeder geldt 'mater semper certa est'. Onder kind wordt zowel het binnen als het buiten huwelijk geboren kind verstaan. Een binnen huwelijk geboren kind verkrijgt op grond van art. 3 lid 1 RwNed het Nederlanderschap altijd wanneer zijn moeder of haar (gewezen) echtgenoot – de juridische vader van het kind – Nederlander is. Een buiten huwelijk geboren kind verkrijgt de Nederlandse nationaliteit op grond van deze bepaling doorgaans slechts, indien zijn moeder het Nederlanderschap bezit. In het geval dat zijn moeder geen Nederlandse is, wordt het kind pas iure sanguinis Nederlander zodra het door een Nederlander wordt erkend. Dit is echter in beginsel geen verkrijging krachtens geboorte (art. 3 lid 1 RwNed) maar door erkenning (art. 4 lid 1 RwNed). In de gevallen waarin het kind voor zijn geboorte wordt erkend, wordt het echter wel geboren 'als kind van een Nederlander' en verkrijgt het de Nederlandse nationaliteit derhalve op grond van art. 3 lid 1 RwNed.

Naast de afstamming van een Nederlandse ouder heeft ook afstamming van bepaalde categorieën *vreemdelingen* verkrijging van de Nederlandse nationaliteit tot gevolg. Een kind van een vreemdeling(e) dat tot de derde in Nederland levende generatie behoort, is krachtens art. 3 lid 3 RwNed ipso iure Nederlander, indien de in die bepaling gestelde voorwaarden zijn vervuld.

Een kind wordt Nederlander indien het tijdens zijn minderjarigheid door een Nederlandse man wordt erkend (art. 4 lid 1 RwNed). Aangezien natuurlijke kinderen van Nederlandse moeders thans reeds door geboorte Nederlanders zijn, gaat het hier uitsluitend om buitenechtelijke kinderen van vreemde moeders. De verkrijging van het Nederlanderschap werkt evenals de erkenning, slechts ex nunc. Dit betekent, dat het kind pas op het moment van de erkenning Nederlander wordt (vergelijk ook art. 2 RwNed). Het Nederlanderschap wordt slechts verkregen indien het kind ten tijde van de erkenning nog minderjarig is. Evenals de erkenning heeft ook wettiging nationaliteitsrechtelijke gevolgen. Een minderjarige die door wettiging kind van een Nederlander is geworden, verkrijgt daardoor de Nederlandse nationaliteit (art. 4 lid 2 RwNed). Tenslotte kan het Nederlanderschap worden verworven door adoptie, indien is voldaan aan de in art. 5 RwNed geformuleerde voorwaarden.

Art. 3 lid 3 en 5 RwNed (adoptie) laat ik in dit bestek verder buiten beschouwing: de eerstvermelde bepaling wegens de uiterst complexe juridisch-technische details die anders uit de doeken zouden moeten worden gedaan en slechts zijdelings met afstamming hebben te maken; de tweede bepaling, omdat de adoptie buiten het bestek van de wet conflictenrecht afstamming valt.

Wetsontwerp 25 891 (R 1609) stelt voor om het Nederlands nationaliteitsrecht drastisch te veranderen. De bepaling van art. 3 lid 1 RwNed blijft ongewijzigd. Erkenning en wettiging zullen echter voortaan geen gronden voor automatische verwerving van de Nederlandse nationaliteit meer zijn; pas na drie jaren te zijn verzorgd en opgevoed door de Nederlandse man die hen heeft erkend of gewettigd hebben niet-Nederlandse kinderen van een Nederlander een optierecht op de Nederlandse nationaliteit (art. 6 lid 1 sub c (nieuw) RwNed). Daar staat echter

tegenover, dat niet-Nederlandse kinderen wier afstamming van een Nederlandse man wordt vastgesteld door gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in beginsel door die vaststelling automatisch Nederlanders worden. Art. 4 (nieuw) RwNed bepaalt, dat het kind van een Nederlander wiens vaderschap gerechtelijk wordt vastgesteld, Nederlander wordt, indien het kind op de dag van de uitspraak in eerste aanleg minderjarig was. Het Nederlanderschap wordt ex nunc verworven twee maanden na de uitspraak in eerste aanleg (dan wel twee maanden na de dag van uitspraak in hoger beroep, dan wel op de dag van de uitspraak in cassatie).

Het Nederlandse nationaliteitsrecht heeft echter zo zijn kuren. Zo-even werd er al op gewezen, dat prenatale erkenning niet de verwerving van het Nederlanderschap ex art. 4 RwNed bewerkstelligt, maar ex art. 3 lid 1 RwNed. De met betrekking tot prenatale erkenning gevolgde redenering is ook relevant voor de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap naar Nederlands recht, nu art. 4 (nieuw) het Staatsblad nog niet heeft bereikt, maar sinds 1 april 1998 al wel gerechtelijke vaststelling van het vaderschap mogelijk is. Volgens art. 1:207 lid 5 BW heeft een dergelijke vaststelling immers terugwerkende kracht tot het moment van de geboorte. Die fictie bewerkstelligt, dat het kind in kwestie geacht wordt ook op het moment van geboorte familierechtelijke betrekkingen met de Nederlandse vader te hebben. Het gevolg daarvan is, dat dergelijke kinderen thans op grond van art. 3 lid 1 RwNed ex tunc (op het moment van geboorte) Nederlander worden. Dit zal dus veranderen, als door invoering van art. 4 (nieuw) RwNed voor het nationaliteitsrecht de terugwerkende kracht van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap wordt geëcarteerd, maar aan die verandering zal geen retroactiviteit verbonden zijn.

Het zal duidelijk zijn, dat ook een buitenlandse gerechtelijke vaststelling dat een kind een bepaalde Nederlandse vader heeft naar Nederlands recht nationaliteitsgevolg zal kunnen hebben. Naar huidig Nederlands recht is dat echter afhankelijk van het feit, of die buitenlandse vaststelling al dan niet terugwerkende kracht heeft. Of dat zo is, hangt mijns inziens van het toegepaste buitenlandse recht af. Art. 207 lid 5 BW kan daarvoor niet worden gehanteerd. Naar toekomstig Nederlands recht zal de verwerving van het Nederlanderschap geschieden conform het bepaalde in art. 4 (nieuw) RwNed, d.w.z. in de regel twee maanden na de uitspraak in eerste aanleg, zelfs als in het buitenland de beroepstermijn korter of langer zou zijn dan in Nederland.

Wat is rechtens in de toekomst als zowel het wetsontwerp ter wijziging van de RwNed als het wetsvoorstel conflictenrecht afstamming zijn ingevoerd en een Nederlander in het buitenland een kind heeft erkend en deze erkenning ex art. 10 in Nederland moet worden erkend? Indien de erkenning postnataal geschiedt en ex nunc effect heeft, is de zaak duidelijk: het kind verwerft niet de Nederlandse nationaliteit, maar kan na driejarige verzorging en opvoeding door de erkenner ex art. 6 RwNed voor het Nederlanderschap opteren. Ingeval van een prenatale erkenning zie ik ook geen moeilijkheden: het kind wordt Nederlander ex art. 3 lid 1 RwNed. Wat is echter de situatie, indien de buitenlandse erkenning postnataal gebeurt, maar terugwerkende kracht heeft tot het moment van de geboorte van het kind: mij lijkt dan een verwerving ex art. 3 lid 1 verdedigbaar.⁹⁷

97. Vgl. overigens opnieuw Kamerstuk 26 673, nr. 5, p. 30, 31.

Herinnerd zij voorts aan het boven reeds opgeworpen probleem, als wat een buitenlandse rechterlijke beslissing of akte in Nederland precies wordt erkend. In het recente verleden is het diverse keren voorgekomen, dat een buitenlands rechtsinstituut of rechtsfeit in Nederland als erkenning werd erkend, zodat verwerving van het Nederlanderschap ex art. 4 RwNed optrad.⁹⁸ Naar toekomstig recht zal een dergelijke vertaling van een buitenlands rechtsinstituut niet meer ogenblikkelijk het Nederlanderschap opleveren, doch op termijn een optierecht. Het zal in de toekomst echter mogelijk zijn bepaalde vreemde rechtsinstituten als gerechtelijke vaststelling van het vaderschap te zien, zodat het gevolg weer verwerving van het Nederlanderschap nu ex art. 4 (nieuw) RwNed zal zijn. Boven stelde ik al, dat zulks mijns inziens verdedigbaar is voor buitenlandse brieven van wettiging en wellicht ook voor buitenlandse erkenningen, indien het vreemde rechtstelsel slechts erkenning op grond van biologische waarheid toelaat.

Tenslotte wil ik nog een lastig punt aansnijden. Er is geen twijfel over mogelijk, dat een buitenlandse gerechtelijke vaststelling dat een Nederlander de vader van een bepaald kind is, momenteel reeds voor dit kind verwerving van het Nederlanderschap bewerkstelligt ex art. 3 lid 1 RwNed, indien de buitenlandse vaststelling hier wordt erkend en de vaststelling terugwerkende kracht heeft tot het moment van de geboorte. Zulks geldt met zekerheid sinds 1 april 1998, de datum waarop in Nederland de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap werd ingevoerd. We zullen evenwel moeten aannemen, dat ook voordien reeds buitenlandse gerechtelijke vaststellingen voor erkenning in aanmerking kwamen, zij het dat daarbij het kwalificatieprobleem optrad, als wat die buitenlandse rechtsfiguur moest worden erkend. In elk geval zou echter moeten worden geconstateerd, dat bij erkenning van een buitenlandse gerechtelijke vaststelling van het vaderschap destijds de tot stand gebrachte familierechtelijke betrekkingen werden erkend. Voorzover die betrekkingen evenwel met terugwerkende kracht tot stand kwamen, zou een dergelijke erkenning destijds al nationaliteitsgevolg ex art. 3 lid 1 RwNed hebben gehad.

In het verleden ging men er echter – als ik het wel zie – van uit, dat een buitenlandse gerechtelijke vaststelling, dat een Nederlander vader van een kind was, geen nationaliteitsgevolg had. Achteraf gezien is dat mijns inziens dus onjuist, mits de vaststelling terug werkte tot de geboorte van het kind. Dit is relevant voor de toepassing van art. 3 lid 1 RwNed uit 1985, maar ook voor het voordien geldende art. 1 Wet op het Nederlanderschap en ingezetenschap. De vraag is echter, hoe ver men terug mag gaan? Vanaf welk jaar kwamen buitenlandse gerechtelijke vaststellingen van het vaderschap hier in Nederland voor erkenning in aanmerking? Al eind jaren tachtig werd verdedigd, dat gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in de toekomst nationaliteitsgevolg zou moeten krijgen. En al voordien werd de invoering van het instituut van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in de literatuur verdedigd. Ongeveer vanaf dat ogenblik vormde de openbare orde geen belemmering meer voor een eventuele erkenning van de vaststelling. Maar nogmaals, wanneer was dat? Ik twijfel er niet aan, dat de rechter dat in de toe-

98. Zie Poortman, a.w., alsmede M.L.H. Gelauff, 'Thaise wettigheid en Nederlandse erkenning', in: *Aan de grenzen van het Nederlanderschap* (feestbundel F.Th. Zilverentant), 's-Gravenhage 1998, p. 75-82.

komst zal moeten beslissen en eindig deze beschouwingen derhalve met een citaat van Carola Poortman:

Paradoxaal genoeg ligt het antwoord op deze vraag, die het verleden betreft, nog in de toekomst verscholen.⁹⁹

4.5 Slotbeschouwing

Het is inmiddels tijd om een afsluitend oordeel te geven over de inhoud van het Wetsvoorstel conflictenrecht afstamming. De regels van het ontwerp zijn over het algemeen zo geformuleerd, dat de toepasbaarheid in de praktijk – ook door eerste-linjs rechtstoepassers als ambtenaren van de burgerlijke stand en notarissen – niet te grote moeilijkheden zal opleveren. In deze bijdrage heb ik getracht een aantal detailvragen te stellen, waarvan de beantwoording gedurende de parlementaire behandeling plezierig zou zijn om nog enige twijfelpunten met betrekking tot de uitleg van bepalingen en hun onderlinge verhouding weg te nemen.

Het wetsontwerp geeft op een enkel punt aan personen de mogelijkheid zelf invloed uit te oefenen op het toe te passen recht. Herinnerd zij aan art. 2 lid 2. Op sommige andere punten bestaat deze mogelijkheid indirect, indien tenminste wordt toegekomen aan de gewoonlijke verblijfplaats van de insteller van een procedure als aanknopingsfactor. Terecht worden evenwel bij de wettigheidsvaststelling, de erkenning en de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap en de wettiging niet meerdere rechtstelsels alternatief ter keuze van betrokkenen toepasselijk verklaard. Mijns inziens is te weinig rekening gehouden met de keuzes die in ons interne afstammingsrecht zijn gemaakt met betrekking tot de ontkenning van het vaderschap en ten aanzien van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Intern-rechtelijke keuzes zouden derhalve tot gewijzigde art. 2 en 6 moeten leiden.

De aansluiting van de regels van het wetsontwerp bij keuzes gemaakt door overige wetgevers in Europa laat te wensen over. Is zulks dramatisch? Na ampele overwegingen meen ik van niet. In Nederland vindt nu discussie plaats over het wenselijke internationale afstammingsrecht. Dat is goed voor onze bijdrage in de Europese discussie, zodra de Europese Unie besluit om dit onderwerp op de prioriteitenlijst te zetten. Ik gaf boven al aan, dat ik meen, dat dit spoedig het geval zal zijn, naar ik schat nog voor het jaar 2010.

De vraag is gerechtvaardigd, of wij op een spoedige invoering van het hier besproken wetsontwerp moeten hopen. Haast is er mijns inziens niet. Het wetsontwerp zelf zal via anticiperende interpretatie het geldende recht al beïnvloeden. Het is uiteraard prettig als het wetsontwerp inderdaad ook het Staatsblad bereikt, maar voor de discussie over het wenselijke internationale afstammingsrecht moet tijd worden genomen. Laten we bij die discussie voor ogen houden, dat onze regels van internationaal afstammingsrecht idealiter dusdanig zouden moeten worden geformuleerd, dat ze inspirerend zijn voor het toekomstige Europese internationale afstammingsrecht, dat onze Wet conflictenrecht afstamming in de niet zo verre toekomst zal aflossen.

99. Carola S. Poortman, a.w., p. 173.

Bijlage: Regeling van het conflictenrecht inzake de familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming (Wet conflictenrecht afstamming), Vergaderjaar 1998-1999, 26 675

Hoofdstuk 1. Familierechtelijke betrekkingen door geboorte

Artikel 1

1. Of een kind door geboorte in familierechtelijke betrekkingen komt te staan tot de vrouw uit wie het is geboren en de met haar gehuwde of gehuwd geweest zijnde man, wordt bepaald door het recht van de staat van de gemeenschappelijke nationaliteit van de vrouw en de man of, indien dit ontbreekt, door het recht van de staat van hun gemeenschappelijke gewone verblijfplaats, of indien ook dit ontbreekt, door het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind.
2. Voor de toepassing van het eerste lid is bepalend het tijdstip van de geboorte van het kind, dan wel indien het huwelijk van de ouders voordien is ontbonden, dat van de ontbinding.
3. Hebben de vrouw en de man meer dan één gemeenschappelijke nationaliteit, dan worden zij voor de toepassing van het eerste lid geacht geen gemeenschappelijke nationaliteit te hebben.

Artikel 2

1. Of familierechtelijke betrekkingen als bedoeld in artikel 1 in een gerechtelijke procedure tot gegrondverklaring van een ontkenning kunnen worden teniet gedaan, wordt bepaald door het recht dat ingevolge dat artikel op het bestaan van die betrekkingen toepasselijk is.
2. Is volgens het in het eerste lid bedoelde recht ontkenning niet of niet meer mogelijk, dan kan de rechter, indien zulks in het belang is van het kind en de ouders en het kind een daartoe strekkend gezamenlijk verzoek doen, een ander in artikel 1 genoemd recht toepassen, dan wel het recht toepassen van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind ten tijde van de ontkenning of het Nederlandse recht.
3. Ongeacht het ingevolge het eerste of het tweede lid toepasselijke recht is in de daar bedoelde gerechtelijke procedure artikel 212 van Boek I van het Burgerlijk Wetboek van toepassing.
4. Of familierechtelijke betrekkingen tussen een kind en de met zijn moeder gehuwde of gehuwd geweest zijnde man door een verklaring houdende ontkenning door de moeder ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand kunnen worden teniet gedaan, wordt bepaald door het recht dat ingevolge artikel 1 op het bestaan van die betrekkingen toepasselijk is. Onverminderd het eerste en het tweede lid, kan een zodanige verklaring slechts worden afgelegd indien de met de moeder gehuwde of gehuwd geweest zijnde man erin toestemt en indien tegelijkertijd familierechtelijke betrekkingen tussen het kind en een andere man ontstaan of worden gevestigd.

Artikel 3

1. Of tussen een vrouw en het buiten huwelijk uit haar geboren kind door geboorte familierechtelijke betrekkingen ontstaan, wordt bepaald door het recht van staat van de nationaliteit van de vrouw. In elk geval ontstaan zodanige betrekkingen indien de vrouw haar gewone verblijfplaats in Nederland heeft.
2. Voor de toepassing van het eerste lid is bepalend het tijdstip van de geboorte.
3. Het eerste en het tweede lid laten onverlet de toepassing van de op 12 september 1962 te Brussel tot stand gekomen Overeenkomst betreffende de vaststelling van betrekkingen tussen het onwettige kind en zijn moeder (Trb. 1963. 93).

Hoofdstuk 2. Familierechtelijke betrekkingen door erkenning of gerechtelijke vaststelling van het vaderschap

Artikel 4

1. Of erkenning door een man familierechtelijke betrekkingen doet ontstaan tussen hem en een kind, wordt, wat betreft de bevoegdheid van de man en de voorwaarden voor de erkenning, bepaald door het recht van de staat waarvan de man de nationaliteit bezit. Indien volgens dat recht erkenning niet of niet meer mogelijk is, is bepalend het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind. Is zij ook volgens dat recht niet of niet meer mogelijk, dan is bepalend het recht van de staat waarvan het kind de nationaliteit bezit. Is zij volgens dat recht ook niet of niet meer mogelijk, dan is bepalend het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van de man.
2. Ongeacht het ingevolge het eerste lid toepasselijke recht, bepaalt het Nederlandse recht of een Nederlandse gehuwde man bevoegd is een kind van een andere vrouw dan zijn echtgenote te erkennen.

3. De akte van erkenning en de latere vermelding van de erkenning vermelden het recht dat ingevolge het eerste of het tweede lid is toegepast.
4. Ongeacht het ingevolge het eerste lid toepasselijke recht, is op de toestemming van de moeder, onderscheidenlijk het kind, tot de erkenning toepasselijk het recht van de staat waarvan de moeder, onderscheidenlijk het kind, de nationaliteit bezit. Bezit de moeder, onderscheidenlijk het kind, de Nederlandse nationaliteit, dan is het Nederlandse recht van toepassing. Indien het toepasselijke recht de erkenning niet kent, is toepasselijk het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van de moeder, onderscheidenlijk het kind. Het op de toestemming toepasselijke recht bepaalt tevens of bij gebreke van toestemming deze kan worden vervangen door een rechterlijke beslissing.
5. Voor de toepassing van de voorgaande leden is bepalend het tijdstip van de erkenning en de toestemming.

Artikel 5

Of en op welke wijze een erkenning kan worden tenietgedaan, wordt, wat betreft de bevoegdheid van de man en de voorwaarden voor de erkenning, bepaald door het ingevolge artikel 4, eerste en tweede lid toegepaste recht, en wat betreft de toestemming van de moeder of het kind, door het recht dat ingevolge artikel 4, vierde lid, toepasselijk is.

Artikel 6

1. Of en onder welke voorwaarden het vaderschap van een man gerechtelijk kan worden vastgesteld, wordt bepaald door het recht van de staat van de gemeenschappelijke nationaliteit van de man en de moeder of, indien dit ontbreekt, door het recht van de staat van hun gemeenschappelijke gewone verblijfplaats of, indien ook dit ontbreekt, door het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind.
2. Voor de toepassing van het eerste lid is bepalend het tijdstip van de indiening van het verzoek. Is de man op dat tijdstip overleden, dan is, bij gebreke van een gemeenschappelijke nationaliteit op het tijdstip van zijn overlijden, toepasselijk het recht van de staat van de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats van de man en de moeder op dat tijdstip of, indien ook dat ontbreekt, het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind op het tijdstip van de indiening van het verzoek.
3. Hebben de man en de vrouw meer dan één gemeenschappelijke nationaliteit, dan worden zij voor de toepassing van de voorgaande leden geacht geen gemeenschappelijke nationaliteit te hebben.

Hoofdstuk 3. Familierechtelijke betrekkingen door wettiging

Artikel 7

1. Of een kind door het huwelijk van een van zijn ouders, dan wel door een nadien genomen beslissing van een rechterlijke of andere bevoegde autoriteit, wordt gewettigd, wordt bepaald door de op 10 december 1970 te Rome tot stand gekomen Overeenkomst inzake wettiging door huwelijk (Trb. 1972, 62).
2. Indien toepassing van het eerste lid niet leidt tot de wettiging, kunnen familierechtelijke betrekkingen door wettiging worden gevestigd volgens het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind.
3. Het eerste en het tweede lid gelden niet indien een van de ouders de Nederlandse nationaliteit bezit en het huwelijk niet geldig is voltrokken in overeenstemming met het bepaalde in de artikelen 4 en 5 van de Wet conflictenrecht huwelijk.
4. Voor de toepassing van de voorgaande leden is bepalend het tijdstip van het huwelijk van de ouders, dan wel, bij de totstandkoming van de familierechtelijke betrekkingen door de beslissing van een rechterlijke of andere bevoegde autoriteit, het tijdstip van de indiening van het verzoek of de vordering.

Hoofdstuk 4. De inhoud van de familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming

Artikel 8

1. Onverminderd hetgeen ten aanzien van bijzondere onderwerpen is bepaald, worden de gevolgen van de familierechtelijke betrekkingen tussen ouders en kind bepaald door het recht van de staat van de gemeenschappelijke nationaliteit van de ouders of, indien dit ontbreekt, door het recht van de staat van hun gemeenschappelijke gewone verblijfplaats of, indien ook dit ontbreekt, door het recht van de staat van de gewone verblijfplaats van het kind.
2. Bestaan alleen familierechtelijke betrekkingen tussen de moeder en het kind, dan worden de gevolgen van deze familierechtelijke betrekkingen bepaald door het recht van de staat van de gemeenschap-

pelijke nationaliteit van de moeder en het kind. Bij gebreke van een gemeenschappelijke nationaliteit worden zij bepaald door het recht van de gewone verblijfplaats van het kind.

3. Hebben de vrouw en de man meer dan één gemeenschappelijke nationaliteit, dan worden zij voor de toepassing van de voorgaande leden geacht geen gemeenschappelijke nationaliteit te hebben.

Hoofdstuk 5. De erkenning van buitenslands tot stand gekomen rechterlijke beslissingen, rechtsfeiten en rechtshandelingen waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming zijn vastgesteld of gewijzigd.

Artikel 9

1. Een buitenslands tot stand gekomen onherroepelijke rechterlijke beslissing waarbij familierechtelijke betrekkingen uit hoofde van afstamming zijn vastgesteld of gewijzigd, wordt in Nederland van rechtswege erkend, tenzij:

- a. er voor de rechtsmacht van de rechter kennelijk onvoldoende aanknopings bestond met de rechtssfeer van zijn land;
- b. aan die beslissing kennelijk geen behoorlijk onderzoek of behoorlijke rechtspleging is voorafgegaan, of;
- c. de erkenning van die beslissing kennelijk in strijd met de openbare orde zou zijn.

2. De erkenning van de beslissing kan, ook wanneer daarbij een Nederlander betrokken is, niet wegens strijd met de openbare orde worden geweigerd op de enkele grond dat daarop een ander recht is toegepast dan uit de bepalingen van deze wet zou zijn gevolgd.

3. De beslissing is niet vatbaar voor erkenning indien zij onverenigbaar is met een onherroepelijk geworden beslissing van de Nederlandse rechter inzake de vaststelling of wijziging van dezelfde familierechtelijke betrekkingen.

4. De voorgaande leden laten de toepassing van de in artikel 7, eerste lid, bedoelde overeenkomst onverlet.

Artikel 10

1. De bepalingen van artikel 9, eerste lid, onderdelen b en c, tweede en derde lid, zijn van overeenkomstige toepassing op buitenslands tot stand gekomen rechtsfeiten of rechtshandelingen waarbij familierechtelijke betrekkingen zijn vastgesteld of gewijzigd, welke zijn neergelegd in door een bevoegde instantie overeenkomstig de plaatselijke voorschriften opgemaakte akte.

2. Een weigeringsgrond als bedoeld in artikel 9, eerste lid, onderdeel c, doet zich met betrekking tot de erkenning in elk geval voor

- a. indien deze is verricht door een Nederlander die naar Nederlands recht niet bevoegd zou zijn het kind te erkennen;
- b. indien, wat de toestemming van de moeder of het kind betreft, niet is voldaan aan de vereisten van het recht dat ingevolge artikel 4, vierde lid, toepasselijk is, of
- c. indien de akte kennelijk op een schijnhandeling betrekking heeft.

3. De voorgaande leden laten de toepassing van de in artikel 7, eerste lid, genoemde overeenkomst onverlet.

Artikel 11

Deze wet is van toepassing op rechtsbetrekkingen die na haar inwerkingtreding worden vastgesteld of gewijzigd alsmede op de erkenning van na haar inwerkingtreding buitenslands vastgestelde of gewijzigde rechtsbetrekkingen.

Artikel 12

Deze wet treedt in werking op een bij Koninklijk Besluit te bepalen tijdstip.

Artikel 13

Deze wet wordt aangehaald als: Wet conflictenrecht afstamming.